

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20111103\_f\_ge\_o\_01 vom 3. November 2011**

FINMA Versicherungsrecht, 2011-11-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20111103\\_f\\_ge\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20111103_f_ge_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20111103\_f\_ge\_o\_01 du 3 novembre 2011

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20111103\_f\_ge\_o\_01 del 3 novembre 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 56 V al. 1 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 le contrat d'assurance, du

### **E. 2**

avril 1908 (ci-après LCA), ce que confirme l'art. 2 al. 3 des CGA (édition du 1er septembre 2005). La LCA a subi des modifications contenues dans la novelle du 17 décembre 2004 (FF 2003 3353) qui sont entrées en vigueur pour partie, le 1er janvier 2006 et, pour une autre partie, le 1er janvier 2007. La disposition transitoire contenue à l'art. 102 al. 4 LCA renvoie à l'art. 882a du Code des obligations (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse – CO; RS 220), qui a été remplacé par l'art. 1 al. 1 du Titre final du Code civil le 1er janvier 1912 (ATF non publié 4A\_579/2009 du 1er février 2010 consid. 2.2). L'art. 1 al. 1 du Titre final instaure le principe de la non-rétroactivité des lois (cf. ATF 134 III 224 consid. 3.2.1 p. 230). Il s'ensuit que le contrat d'assurance litigieux, qui a été conclu en juillet 2003, est soumis à la LCA dans sa teneur antérieure au 1er janvier 2006 (cf. ATF non publié 4A\_261/2008 du 1er octobre 2008 consid. 3.1) alors que celui qui a été conclu en avril 2008 est régi par la LCA dans sa teneur postérieure au 1er janvier 2006, respectivement au 1er janvier 2007.

### **E. 3**

L'art. 46a LCA prescrit que le for se définit selon la loi du 24 mars 2000 sur les fors (LFors) qui a été abrogée au 1er janvier 2011 par l'entrée en vigueur du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC; RS 272). Toutefois, la demande ayant été introduite le 24 décembre 2010, en application de l'art. 404 CPC, la procédure reste régie par les dispositions légales en vigueur avant le 1er janvier 2011, à savoir la LFors dont l'art. 3 let. b prescrit que le for est, pour les actions dirigées contre une personne morale, celui de son siège. Cependant, l'art. 29 al. 2 des CGA prévoit que, s'agissant du for, le preneur d'assurance ou l'ayant droit peut choisir soit les tribunaux de son domicile suisse, soit ceux du siège de l'assureur. Pour sa part, le CCA prévoit un for déterminant à Genève en cas de contestation au sujet de ce contrat-cadre (chapitre 14 CCA 2003 et chapitre 15, par. 2, CCA 2008). Une telle élection de for favorable à l'assuré est admise par l'art. 9 LFors et en remplit les conditions de validité de sorte que la Cour de céans est également compétente à raison du lieu pour connaître de la présente demande.

#### **E. 4**

La loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 (LSA) ne contient pas de règles spécifiques concernant les délais relatifs aux contestations de droit privé qui s'élèvent entre les entreprises d'assurance et les assurés. La présente demande est donc également recevable à la forme

#### **E. 5**

Le litige concerne le calcul de l'indemnité journalière revenant au demandeur du 3 septembre 2007 au 23 février 2009 ; la valeur litigieuse s'élève à 29'582 fr. 80 (ATF non publié 4D\_5/2009 du 26 janvier 2009).

A/4409/2010 - 8/14 -

#### **E. 6**

L'employeur en tant que preneur d'assurance et la défenderesse en qualité d'assureur ont conclu un contrat collectif d'indemnités journalières selon la LCA. Par cette convention, le demandeur était couvert contre le risque de perte de gain due à la maladie. Il s'agit d'une assurance au profit de tiers (cf. 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 (ATF non publié 4A\_179/2007 du 12 septembre 2007, consid. 4.2). Par conséquent, le demandeur possède la légitimation active pour agir contre la défenderesse (cf. ATF non publié 5C.42/2005 du 21 avril 2005, consid. 3).

#### **E. 7**

Pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal, les cantons prévoient une procédure simple et rapide dans laquelle le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves (art. 85 al. 2 LSA). En introduisant cet allègement de procédure, le législateur s'est inspiré des dispositions de droit fédéral motivées par des buts de politique sociale en matière de baux à loyer (art. 274d CO), de baux à ferme (art. 301 CO) et de contrats de travail (art. 343 CO; ATF 127 III 421 consid. 2 et les références). Selon la jurisprudence rendue en matière de contrat de travail et de bail, le juge doit établir d'office les faits, mais les parties sont tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Ce principe n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. Le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces; il est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuves sont complètes uniquement lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner leurs moyens de preuve et de les présenter. La maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaisir l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a). En vertu de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. En conséquence, la partie qui fait valoir un droit doit prouver les faits fondant ce dernier, tandis que le fardeau de la preuve relatif aux faits supprimant le droit, respectivement l'empêchant, incombe à la partie, qui affirme la perte du droit ou qui conteste son existence ou son étendue. Cette règle de base peut être remplacée par des dispositions légales de fardeau de la preuve divergentes et doit être concrétisée dans des cas particuliers (ATF 128 III 271 consid. 2a/aa avec références). Elle s'applique également dans le domaine des

contrats d'assurance (ATF 130 III 321 consid. 3.1). 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 dé-

A/4409/2010 - 9/14 - cider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (ATF non publié 4A\_253/2007 du 13 novembre 2007, consid. 4.2).

## **E. 8**

Il convient tout d'abord de se pencher sur la question de savoir si le droit aux prestations est bel et bien prescrit, ainsi que le soutient la défenderesse. Aux termes de l'art. 46 al. 1 LCA, les créances dérivant du contrat d'assurance se prescrivent par deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation. Comme toute prescription, celle de l'art. 46 LCA peut être interrompue lorsque le débiteur reconnaît la dette (art. 135 ch. 1 CO) ou lorsque le créancier fait valoir ses droits par l'une des voies énumérées par l'art. 135 ch. 2 CO, notamment par des poursuites, par une requête de conciliation, par une action ou une exception devant un tribunal (cf. ATF 118 II 447 consid. 4c). La prescription est notamment interrompue, avec pour effet qu'un nouveau délai commence à courir dès l'interruption (art. 137 al. 1 CO), lorsque le créancier fait valoir ses droits par une action devant un tribunal. Conformément à l'art. 138 al. 1 CO, elle est ensuite interrompue et recommence à courir, durant l'instance, à compter de chaque acte judiciaire des parties et de chaque ordonnance ou décision du juge (ATF 133 III 675 consid. 2.3.1). De plus, l'art. 27 CGA précise que les créances dérivant du contrat d'assurance se prescrivent par deux ans à compter du fait d'où naît l'obligation. Selon une jurisprudence ancienne et constante (ATF 104 III 20 consid. 2, 101 II 80, 57 II 463 consid. 2 ; ATF non publié 5P.305/200 du 17 novembre 2000, consid. 3b), pour que la prescription soit interrompue au sens de l'art. 135 ch. 2 CO, il suffit de déposer une réquisition de poursuite remplissant les conditions essentielles exigées par la loi sur la poursuite pour dettes et faillite, sans qu'il soit nécessaire que le commandement de payer soit notifié. En l'espèce, en procédant par réquisition de poursuite déposée au guichet de la poste le 29 décembre 2009, puis par demande en paiement expédiée le 24 décembre 2010, le demandeur a interrompu le délai de prescription de deux ans de sorte que sa prétention n'est pas prescrite. Par conséquent, l'exception de prescription soulevée par la défenderesse, qui relève du droit matériel fédéral et non de la procédure, doit être rejetée (cf. ATF 118 II 447 consid. 1a et b; ATF non publié 4C.314/2003 du 9 mars 2004, consid. 2.1).

## **E. 9**

Dans un premier grief, le demandeur conteste la fixation de l'indemnité journalière à 146 fr. 41 pour la première année d'indemnisation (du 1er mars 2007 au 23 février 2008). Bien que les parties s'accordent sur le salaire horaire de 28 fr. 30 plus treizième salaire/gratification de 8.3%, le demandeur prétend que l'indemnité journalière doit être calculée en fonction de son horaire de travail réel (45 h./sem.) et des allocations familiales (400 fr./mois). La défenderesse soutient quant à elle que l'indemnité journalière doit être calculée d'après l'horaire conventionnel (2179 heures) et sans prendre en compte les allocations familiales.

A/4409/2010 - 10/14 - 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 LCA renvoie au CO pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même, la jurisprudence en matière de contrats est applicable. D'après celle-ci, les conditions générales font partie intégrante du contrat. Les dispositions contractuelles préformulées sont en principe interprétées selon les mêmes règles que les clauses contractuelles rédigées individuellement (ATF 133 III 675 consid. 3.3, ATF 122 III 118 consid. 2a, ATF 117 II 609 consid. 6c). Ainsi, en l'absence d'indices contraires, les termes utilisés par les parties sont censés employés dans leur sens habituel (ATF 118 II 342 consid. 1a; ATF 116 II 345 consid. 2b; ATF 104 II 281 consid. 2 et les arrêts cités). En outre, il est exclu d'interpréter de manière isolée les divers éléments du contrat; chaque clause contractuelle doit être interprétée à partir du contrat dans son ensemble (ATF 117 II 609 consid. 6c/bb). Partant, lorsque les parties, dans le contrat d'assurance ou dans les conditions générales d'assurance qui en font partie intégrante, ont convenu de la définition à donner à un terme, c'est cette définition conventionnelle qui fait foi (ATF non publié 5C.44/2004 du 21 mai 2004, consid. 2.1). A titre préalable, il convient de déterminer quel est le CCA applicable puisque le droit à l'indemnité journalière persiste après le 1er janvier 2008, soit après l'entrée en vigueur du CCA d'avril 2008. Selon le CCA 2008, chaque personne à assurer et au bénéfice d'un contrat de travail qui, au jour du début effectif des rapports de travail ou lors de l'entrée en vigueur de la police, est totalement ou partiellement incapable de travailler pour cause de maladie ou accident, ou a fait une demande de prestations d'assurances sociales en raison de son état de santé, ou est devenue invalide à la suite d'activités précédentes, n'entre au bénéfice de l'assurance qu'après avoir recouvert son entière capacité de travail et dès la date de début de la couverture confirmée par écrit par CMBB (chapitre 2). Etant donné que, lors de l'entrée en vigueur de la police, le 1er janvier 2008, le demandeur se trouvait dans l'incapacité totale de travailler et avait déposé une demande de rente auprès de l'OAI, il n'a pas pu être assuré par le nouveau CCA, de sorte que sa situation ne pouvait être régie que par le CCA de 2003, seul applicable. Selon le CCA, les CGA et règlements de l'assureur font partie intégrante de cette convention et leurs dispositions déploient leur effet pour tout ce qui ne serait pas expressément réglementé dans la convention (chapitre 13, par. 1). Par conséquent, selon le texte clair du CCA et contrairement à ce que soutient le demandeur, les rè-

A/4409/2010 - 11/14 - gles applicables à la solution du présent litige ressortent en tout premier lieu du CCA et subsidiairement des CGA, lorsque ce dernier ne règle pas expressément la question litigieuse. L'indemnité journalière correspond à 80% du salaire (13ème salaire conventionnel compris) sans suppléments divers et sans heures supplémentaires. Le délai d'attente par cas de maladie est de deux jours complets de perte effective, sauf en cas d'hospitalisation (chapitre 4). L'indemnité journalière est calculée sur la base d'un gain journalier correspondant à 1/365ème du gain annuel, en tenant compte de l'horaire conventionnel en vigueur durant la période d'indemnisation. Les cas d'horaires spéciaux sont réservés (chapitre 5, par. 1). Les indemnités journalières sont versées, sous déduction du délai d'attente, jusqu'à concurrence de 720 jours (les cas SUVA sont traités ci-dessous) de la façon suivante: les 360 premiers jours à 80% du salaire tel que défini sous chapitre 4, les 360 jours suivant à 60% du salaire tel que défini sous chapitre 4. Le montant total qui en résulte correspond à la somme totale assurée. A partir du 361ème jour, le droit

aux prestations est limité comme ci-dessus. Les assurés bénéficiaires des pleines indemnités de perte de gain de la SUVA, depuis plus de 360 jours, pour lesquels cette dernière met un terme à son intervention et dont l'incapacité de travail se poursuit, pour une cause liée au sinistre, mais assimilée à une maladie, peuvent prétendre aux prestations durant 720 jours correspondant à 360 indemnités égales à 80% du salaire assuré, durant la première période et à 360 indemnités à 20 fr., durant la deuxième période (chapitre 7). Il ressort de ces diverses dispositions du CCA que les 360 premières indemnités journalières correspondent à 80% du salaire journalier y compris le 13ème salaire, calculé sur la base de l'horaire conventionnel en vigueur durant la période d'indemnisation, sans suppléments divers. Ces prescriptions sont claires de sorte qu'elles n'ont pas besoin d'être interprétées. De plus, elles décrivent précisément la méthode de calcul de l'indemnité journalière, notamment la manière dont s'établit le gain journalier, de sorte qu'il n'y a pas lieu, à titre subsidiaire, de rechercher ce que les CGA prévoient à ce sujet, contrairement à ce que soutient le demandeur. Il est encore moins utile d'interpréter ces règles au regard des CGA puisque celles-ci ne servent qu'à compléter le CCA pour tout ce qui n'est pas réglé expressément par celui-ci, alors que précisément le CCA est complet sur la question du calcul de l'indemnité journalière. Étant donné que les allocations familiales ne font pas partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS (cf. art. 6 al. 2 let. f RAVS), mais sont des allocations qui sont sans rapport avec le salaire, c'est à juste titre que la défenderesse ne les a pas prises en considération pour calculer le montant de l'indemnité journalière. En effet, le chapitre 4 du CCA exclut de tenir compte des heures supplémentaires et des autres suppléments habituels, au contraire de l'art. 5 al. 2 LAVS qui considère comme revenu d'une activité lucrative non seulement les rétributions versées pour

A/4409/2010 - 12/14 - un travail effectué, mais en principe toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de cotisations en vertu de prescriptions légales expressément formulées (ATF 126 V 221 consid. 4a, 124 V 101 consid. 2 et la jurisprudence citée). Par conséquent, le CCA définit la notion de salaire déterminant plus restrictivement que la LAVS de laquelle est exclue de toute façon les allocations familiales. Quoiqu'il en soit, l'allocation familiale n'est en aucun cas versée par l'employeur au moyen de ses propres deniers mais par les caisses d'allocations familiales. Dès lors, même si l'on admettait que la défenderesse se substitue à l'employeur quand elle verse l'indemnité journalière, cela ne signifierait pas davantage qu'elle serait tenue de verser, en sus, les allocations familiales (cf. ATFA non publié C 326/01 du 19 avril 2002, consid. 2e)

L'horaire conventionnel étant de 2179 heures dans le gros œuvre et le salaire horaire du demandeur de 28 fr. 30 + 8.33% de treizième salaire/gratification, le gain annuel s'élève à 66'802 fr. 45 ( $28.30 \times 2179 = 61'665.70 \times 8.33\%$ ). Par conséquent, l'indemnité journalière doit être fixée à 146 fr. 42 ( $66'802.45 : 365 = 183.02 \times 80\%$ ), ce qui représente un montant de 52'711 fr. 20 pour la période du 1er mars 2007 au 23 février 2008 ( $146.42 \times 360$ ) duquel il faut déduire 292 fr. 84 pour tenir compte du délai d'attente de deux jours, ce qui conduit à un montant de 52'418 fr. 35. La défenderesse a arrondi l'indemnité journalière de 146 fr. 416 à 146 fr. 41, ce qui est contraire aux règles mathématiques qui préconisent d'arrondir à l'unité supérieure, soit à 146 fr. 42. Toutefois, cette inexactitude n'a aucune incidence sur le droit aux indemnités journalières du demandeur pour la première année d'indemnisation puisqu'elle est compensée par le fait que la défenderesse a omis de tenir compte du délai d'attente de deux jours. Étant donné que le demandeur ne conteste pas que la défenderesse lui a déjà versé des indemnités journalières à raison de 20'277 fr. 80 pour la période du 1er

mars au 2 septembre 2007 et qu'il y a lieu de déduire les rentes de l'assurance-invalidité versées pour la même période à raison de 33'858 fr., la Cour de céans confirme que la défenderesse a versé 1'717 fr. 45 d'indemnités journalières en trop et prend note que celle-ci renonce à en demander la restitution au demandeur. Par conséquent, les griefs que celui-ci formule à ce sujet sont sans objet et ne seront pas examinés, ce d'autant plus que la LPGA ne trouve pas application dans les cas de demande de restitution concernant l'indemnité journalière régie par la LCA.

#### **E. 10**

Dans un deuxième grief, le demandeur soutient avoir droit à l'indemnité journalière de 20 fr. pour la deuxième année au motif que cette indemnité ajoutée aux prestations versées par l'assurance-invalidité ne couvre pas le revenu dont il était privé.

A/4409/2010 - 13/14 - Selon le CCA, si l'assuré a également droit à des prestations d'assurances fédérales ou d'assurances d'entreprises, ou qu'un tiers responsable l'a indemnisé, l'assureur complète ces prestations jusqu'à concurrence du montant de l'indemnité journalière à laquelle a droit l'assuré (chapitre 8, phrase 1). A nouveau, cette disposition est parfaitement claire et ne nécessite aucune interprétation. Par conséquent, contrairement à ce que soutient le demandeur, en cas de cumul avec des prestations d'assurances sociales telle qu'une rente de l'assurance-invalidité, la défenderesse complète ladite rente jusqu'à concurrence du montant de l'indemnité journalière (cf. ATF 133 III 527 consid. 3.3.2 concernant une réglementation identique). En l'espèce, la défenderesse ne pourrait compléter la rente d'invalidité que si elle était inférieure à 600 fr. par mois (20 fr. x 30), ce qui est loin d'être le cas puisque la rente mensuelle entière, sans tenir compte des rentes pour enfant, s'élève à 1'595 fr. Aussi est-ce à juste titre que la défenderesse a nié le droit du demandeur au versement d'une indemnité journalière pour la période du 24 février 2008 au 23 février 2009 sans qu'il soit utile d'examiner si la couverture d'assurance a effectivement pris fin au 30 septembre 2008.

#### **E. 11**

Au vu de ce qui précède, la demande doit être entièrement rejetée. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

A/4409/2010 - 14/14 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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