

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20150624\_f\_ge\_o\_01 vom 24. Juni 2015**

FINMA Versicherungsrecht, 2015-06-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20150624\\_f\\_ge\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20150624_f_ge_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20150624\_f\_ge\_o\_01 du 24 juin 2015

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20150624\_f\_ge\_o\_01 del 24 giugno 2015

## **Erwägungen**

### **E. 23**

Le 24 juin 2014, le demandeur principal a produit, à la demande de la chambre de céans, ses déclarations fiscales 2010, 2011 et 2012. De la déclaration fiscale 2010 résulte que le recourant n'a réalisé aucun revenu en Suisse. En 2011, il a déclaré un revenu de l'activité indépendante de CHF 11'667.-. Etais annexé à cette déclaration le bilan concernant la société en nom collectif « A\_\_\_\_\_ & B\_\_\_\_\_ », active dans la branche épicerie et transports de marchandise. Le bilan pour 2011 se soldait par un bénéfice de l'exercice de CHF 22'111.55 pour la part de Madame B\_\_\_\_\_, et de CHF 11'055.80 pour la part du demandeur principal. Des pièces comptables, il ressort en outre des charges notamment pour réparation, service et nettoyage des véhicules de CHF 1'611.50, pour le carburant et frais de déplacement de CHF 2'051.80, pour assurances de voitures de CHF 985.- et pour location de véhicules en crédit-bail de CHF 5'572.20. Le total des charges pour le transport s'élève à 9'055.20 en 2011. Le chiffre d'affaires est constitué par des prestations de services (transport de marchandises) pour CHF 22'375 et de ventes brutes de marchandises de CHF 193'286.90. Pour 2012, le demandeur a déclaré un revenu de l'activité indépendante de CHF 4'605.-. Etaient annexées également à cette déclaration les pièces comptables relatives au commerce « A\_\_\_\_\_ & B\_\_\_\_\_ » dont résultait un bénéfice de l'exercice pour l'associée de CHF 9'211.35 et un bénéfice de l'exercice pour le demandeur de CHF 4'605.65. Le chiffre d'affaires pour le transport de marchandises était de 23'293.- et les charges de véhicule et de transport de 15'059.80, sans les frais administratifs.

### **E. 24**

Par écritures du 14 juillet 2014, demanderesse reconventionnelle a maintenu ses conclusions, en mettant en exergue que le bénéfice net du demandeur principal était de CHF 11'667.- en 2011 et de CHF 4'605.- en 2012, alors qu'il avait assuré un revenu brut de CHF 54'000.- dans le contrat litigieux.

### **E. 25**

Invité à se déterminer sur l'application de l'art. 51 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, le demandeur principal a relevé, par écriture du 25 août 2014, que l'offre pour une assurance perte de gain avec un salaire assuré de CHF 54'000.- avait émané d'un représentant de la défenderesse, M. C\_\_\_\_\_. Ce dernier lui avait fait cette offre en cours d'un entretien au domicile du demandeur en juin 2012, après que celui-ci lui avait exposé sa situation professionnelle. La défenderesse principale avait donc formulé cette offre en toute connaissance de cause. Le

A/990/2014 - 7/21 - demandeur principal n'avait ainsi pas conclu le contrat dans l'intention de se procurer un profit illicite par le moyen d'une surassurance, de sorte que la disposition

légale précitée n'était pas applicable.

#### **E. 26**

A l'audience du 27 août 2014, la défenderesse principale a fait la déclaration suivante: "Lorsque le conseiller fait une offre pour la conclusion d'un contrat d'assurance perte de gain, il se contente généralement de demander au proposant quel salaire il réalise et aimerait assurer. Pour des salaires peu élevés, comme CHF 50'000.-, nous ne faisons pas d'investigations sur la réalité des allégations de la personne à assurer. Nous admettons par ailleurs une différence de 20 à 25 % entre le revenu assuré et le revenu réellement réalisé par l'assuré, dans la mesure où il peut y avoir des fluctuations dans l'activité d'un indépendant. Je précise par ailleurs que l'assurance du demandeur n'est pas une assurance de somme, dans le sens où seule la perte de revenus est assurée, comme cela résulte de l'art. 8.3 CGA. Le fait que le contrat mentionne « salaire fixe » signifie uniquement qu'il n'y a pas un salaire déterminé à l'avance comme pour les assurés LAA. Pour que nous admettions une surindemnisation, il faut vraiment une grande différence entre le revenu assuré et le revenu effectivement réalisé. Nous n'avons jamais appliqué l'art. 51 LCA. Nous ne contestons d'ailleurs pas la réalité de la maladie du demandeur. J'ignore si le conseiller avait proposé au demandeur également la conclusion d'une assurance de somme. Je précise à cet égard que nous avons un produit spécial qui couvre également les frais fixes de l'entreprise comme les loyers par exemple."

#### **E. 27**

Entendu en date du 17 septembre 2014, le demandeur principal a déclaré ce qui suit : « J'avais entendu de la possibilité de faire une assurance perte de gain. A vrai dire, j'étais surtout préoccupé par la perte de gain en cas d'accident car dans ma profession de transporteur, je suis particulièrement exposé à ce risque. Toutefois, comme M. C\_\_\_\_\_ m'avait proposé une assurance qui couvrait et la maladie et l'accident, j'ai accepté cette offre et je n'ai pas demandé à avoir une assurance uniquement pour la perte de gain en cas d'accident. Au moment de fixer la somme à assurer, je ne savais pas très bien combien je gagnais avec mon entreprise, car je ne l'avais que depuis 2011. Je ne sais pas combien au juste je gagnais tous les mois. Je précise à cet égard qu'à l'époque déjà je vivais avec Mme B\_\_\_\_\_ qui m'entretenait en partie. La prime d'assurance par trimestre, dans les CHF 800.-, ne me paraissait pas si élevée que ça. A la question de la Présidente si je n'avais pas l'impression que je gagnerais bien plus en étant malade qu'en travaillant, je réponds que je n'ai jamais pensé à être malade. D'ailleurs auparavant, j'avais toujours été en parfaite santé.

A/990/2014 - 8/21 - Ma dépression a commencé par une grande fatigue. J'avais tout le temps envie de dormir. Toutefois, j'avais travaillé encore tout le mois d'août et la première semaine de septembre, même si à ce moment je n'étais déjà pas bien. Je précise à cet égard que je travaille plus durant l'été, car il y a plus de travail. J'ai gardé bien évidemment tous les justificatifs concernant les transports effectués. Avec ma première psychiatre, je n'arrivais pas à comprendre pourquoi j'étais tout à coup déprimé. Puis, j'ai changé de psychiatre et je consulte aujourd'hui un médecin aux HUG. Avec lui, j'ai réussi à comprendre un peu les raisons de ma dépression, mais je ne puis expliquer ici ce qui a déclenché ces troubles psychiques. Encore aujourd'hui, je suis suivi par le psychiatre des HUG. Depuis mars 2014, j'ai un emploi en tant que chauffeur pour des transports. Quant à mon entreprise, elle est toujours inscrite au registre du commerce avec Mme B\_\_\_\_\_. Cependant, il n'y a plus de transports ». Quant à son mandataire, il a précisé que la

déclaration fiscale pour 2011 n'avait été envoyée par internet qu'en date du 20 juillet 2012. Le bilan et le compte de pertes et profits étaient datés du 19 juillet 2012.

### **E. 28**

Entendu à la même date en tant que témoin, Monsieur C\_\_\_\_\_ a fait la déposition suivante : « M. A\_\_\_\_\_ m'a été présenté par une connaissance. Il m'a alors dit qu'il avait besoin d'une assurance perte de gain maladie et accident. Lors de la discussion, je lui ai demandé combien il gagnait et surtout quel salaire il déclarait à l'AVS. Pour la somme à assurer, nous laissons toutefois toujours une petite marge, entre 20 et 30 % de plus, afin de tenir compte des charges qu'un indépendant doit assumer en plus de la perte de revenus. La somme assurée de CHF 54'000.- a donc dû être déterminée en l'occurrence sur la base des déclarations de M. A\_\_\_\_\_. C'est ce dernier qui m'a fait part de son souhait d'avoir un délai d'attente de quatorze jours minimal. Je lui avais proposé un délai d'attente de quatorze jours ou de trente jours. Je précise à cet égard que le délai d'attente est au minimum de quatorze jours, sauf si une CCT prévoit un délai inférieur. La prime à trente jours de délai d'attente est quasiment la moitié de la prime à quatorze jours. J'ai certains clients qui concluent néanmoins une assurance perte de gain avec un délai d'attente de quatorze jours. Je ne me rappelle pas quel salaire AVS M. A\_\_\_\_\_ m'a déclaré. Je lui ai toutefois expliqué que, en cas d'incapacité de travail, il ne pouvait pas être indemnisé pour un montant supérieur du salaire AVS déclaré, sauf d'un petit ajustement pour tenir compte des charges. Je ne fais pas de contrôle des revenus déclarés à l'AVS par les proposants. Pour les masses salariales très élevées, la direction procède à un contrôle à la réception de la proposition d'assurance. Je ne me souviens plus quand j'ai rencontré pour la première fois M. A\_\_\_\_\_. J'ai dû le rencontrer cinq ou six mois avant la signature du contrat. Les discussions ont

A/990/2014 - 9/21 - eu lieu une quinzaine de jours avant la signature dans l'établissement et à la maison de M. A\_\_\_\_\_. L'établissement est constitué par une épicerie à Vernier. Nous avons rempli le questionnaire médical ensemble. Il ne me paraissait pas malade, sinon je n'aurais pas conclu le contrat. Toutefois, je ne suis pas médecin. C'est M. A\_\_\_\_\_ qui m'a dit « j'ai besoin de tant », lorsque nous avons abordé la question de la perte de gain à assurer. Je lui ai demandé si c'était ce qu'il déclarait à l'AVS et il m'a répondu qu'il déclarait un petit peu moins. Je précise toutefois que nous faisons confiance à nos clients. Cependant, je les incite toujours à dire les choses comme elles sont. Il appartient ensuite à la direction de décider si oui ou non elle accepte une proposition d'assurance, le cas échéant avec une réserve médicale. Je n'ai pas proposé à M. A\_\_\_\_\_ une assurance de somme, car cela aurait impliqué de faire un troisième pilier, soit une assurance-vie, qui coûte plus cher. Pour une telle assurance, le délai d'attente est au minimum de trente jours. Je n'ai pas non plus proposé à M. A\_\_\_\_\_ une assurance personne-clef (il s'agit d'une assurance complémentaire à l'assurance perte de gain, pour les frais généraux de l'entreprise) ».

### **E. 29**

Le 15 décembre 2014, le demandeur a produit, à la demande de la chambre de céans, des justificatifs de transports effectués durant les mois d'août et septembre 2012, à savoir les récépissés de paiement pour ses dépenses en France, Espagne et Portugal.

### **E. 30**

Par écritures du 30 décembre 2014, la défenderesse principale s'est étonnée que le demandeur principal n'eût pas fourni la copie des factures adressées à ses clients pour

prouver l'existence des transports qu'il disait avoir effectués à titre professionnel en août et septembre 2012. Cela aurait permis de se faire confirmer par les clients concernés si les déplacements allégués correspondaient effectivement à une prestation personnelle en tant que transporteur. Au lieu de cela, le demandeur avait produit pêle-mêle des récépissés concernant des dépenses diverses de nourriture, d'essence et de péages en France, Espagne et Portugal, dont il était toutefois impossible d'établir avec certitude qu'elles avaient bien été effectuées par le demandeur en personne dans le cadre de ses déplacements professionnels. Même si la carte de crédit utilisée pour certaines dépenses devait être celle du demandeur, elle aurait pu être utilisée par un tiers à qui le demandeur aurait communiqué le code NIP. Cela étant, la preuve d'une pleine capacité de travail du demandeur principal postérieurement au 30 août 2012 n'était pas apportée à satisfaction de droit.

### **E. 31**

Par écriture du 4 février 2015, le demandeur a également persisté dans ses conclusions. La copie des récépissés fournis permettaient de confirmer que les déplacements allégués correspondaient à une prestation professionnelle de sa part en tant que transporteur, et la carte de crédit utilisée pour certaines dépenses était bien la sienne.

A/990/2014 - 10/21 -

### **E. 32**

Le 17 février 2015, la chambre de céans a requis du demandeur principal la production des extraits des comptes bancaires qui avaient été débités par les paiements par carte en août et septembre 2012 lors de ses déplacements. Le 19 mars 2015, celui-ci a produit un extrait de compte au nom de Madame A\_\_\_\_\_.

### **E. 33**

Lors de l'audience du 6 mai 2015, la chambre de céans a procédé à une tentative de conciliation des parties, laquelle a échoué.

### **E. 34**

Par écriture du 5 juin 2015, le demandeur principal a persisté dans sa demande.

### **E. 35**

Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT 1. Conformément à l'art. 7 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC; RS 292) et à l'art. 134 al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur depuis le 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît 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 2 avril 1908 (loi sur le contrat d'assurance, LCA; RS 221.229.1). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 2. Les litiges relatifs aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie ne sont pas soumis à la procédure de conciliation préalable de l'art. 197 CPC lorsque les cantons ont prévu une instance cantonale unique selon l'art. 7 CPC (ATF 138 III 558 consid. 4.5 et 4.6; ATAS/577/2011 du 31 mai 2011), étant précisé que le législateur genevois a fait usage de cette possibilité (art. 134 al. 1 let. c LOJ). 3. a. Les prescriptions de forme prévues à l'art. 130 du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) étant en l'occurrence remplies, la demande est recevable. b. Quant à la demande reconventionnelle,

selon l'art. 14 CPC, une demande reconventionnelle peut être formée au for de l'action principale lorsqu'elle est dans une relation de connexité avec la demande principale (al. 1). En l'occurrence, cela doit être admis, dans la mesure où la demande principale et la demande reconventionnelle concernent toutes les deux les droits et obligations des parties résultant de l'assurance perte de gain, respectivement la validité de ce contrat. Partant la demande reconventionnelle est également recevable. 4. L'objet des demandes principale et reconventionnelle est le droit aux indemnités journalières du demandeur principal du 6 mai au 30 septembre 2013, respectivement le remboursement des prestations indûment perçues. 5. Selon l'art. 9 LCA, le contrat d'assurance est nul si, au moment où il a été conclu, le risque avait déjà disparu ou si le sinistre était déjà survenu.

A/990/2014 - 11/21 - 6. En l'occurrence, la défenderesse principale soutient que, compte tenu de la nature de la maladie de l'assuré, celle-ci était déjà présente au moment de la conclusion du contrat. Elle relève par ailleurs que l'assuré s'était décidé subitement le 24 août 2012 à conclure une assurance perte de gain et que ce n'est qu'une semaine plus tard, au début du mois de septembre 2012, qu'il aurait commencé à ressentir les symptômes anxieux et dépressifs, sans que pour autant ne survienne un événement particulier pouvant expliquer l'apparition des troubles d'une intensité telle qu'ils compromettent sa capacité de travail d'un jour à l'autre. En admettant que l'état dépressif serait la conséquence de l'accumulation d'événements négatifs de la vie, il paraît improbable qu'il n'ait pas senti les premiers symptômes sur son état de santé au moment de signer la proposition d'assurance. Cependant, le demandeur principal ne s'est pas décidé subitement à conclure une assurance de perte de gain, comme l'allègue la défenderesse principale, dès lors que le témoin a déclaré l'avoir rencontré cinq à six mois avant la signature de la proposition d'assurance et que le demandeur principal lui avait communiqué alors qu'il avait besoin d'un contrat d'assurance de perte de gain. Les pourparlers concrets ont eu lieu environ deux semaines avant la signature de la proposition. Le demandeur principal ne paraissait pas malade à ce moment, selon le témoin. Le demandeur principal affirme par ailleurs avoir travaillé encore durant tout le mois d'août et la première semaine de septembre. A cet égard, il est à relever que son chiffre d'affaires était de CHF 22'375 durant l'année 2011 pour le transport de marchandise. Il s'agissait de la première année d'exploitation de son entreprise, étant précisé que la société en nom collectif A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ a été inscrite le 22 mars 2011 au registre du commerce. En 2012, le chiffre d'affaires pour le transport de marchandise était de CHF 23'293 pour huit mois et une semaine d'activité, soit supérieur à 2011 pour une période d'exploitation d'une durée inférieure. Cela rend plausible que le recourant ait encore travaillé en août 2012, voire début septembre. Certes, le demandeur n'a pas été en mesure d'apporter la preuve des transports réalisés au Portugal pendant les mois d'août et septembre 2012. En effet, comme le relève à juste titre la défenderesse principale, les récépissés concernant les dépenses diverses de nourriture, d'essence et de péages en France, Espagne et Portugal ne permettent pas d'établir qu'elles ont été effectuées par le demandeur principal, dans le cadre de ses déplacements professionnels. Quant à l'extrait de compte produit par le demandeur principal, il est au nom de Mme A\_\_\_\_\_, d'une part, et ne mentionne par les prélèvements par carte résultant des récépissés produits par ce dernier, d'autre part. Cet extrait n'est ainsi pas un indice pour établir que les paiements à l'étranger avaient été effectués par le demandeur principal. Cependant, l'absence de preuve des déplacements effectués au Portugal ne permet pas encore de constater, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le demandeur principal était déjà malade au moment de la conclusion du contrat d'assurance.

A/990/2014 - 12/21 - Des circonstances susmentionnées, il ne peut donc pas être déduit que le demandeur principal a conclu un contrat d'assurance, alors qu'il était déjà malade. Au contraire, la Dresse D\_\_\_\_\_ n'a attesté une incapacité de travail qu'à partir du 12 septembre 2012, de sorte qu'il ne peut être retenu que l'incapacité de travail s'était déjà produite lors de la conclusion du contrat. La défenderesse principale ne peut ainsi pas de se prévaloir de la nullité du contrat en vertu de l'art. 9 LCA. 7. a. Conformément à l'art. 51 LCA, lorsque la somme assurée dépasse la valeur d'assurance (surassurance), l'assureur n'est pas lié par le contrat envers le preneur, si celui-ci a conclu le contrat dans l'intention de se procurer un profit illicite par le moyen de la surassurance. b. En l'espèce, se pose la question de savoir si l'on est en présence d'une surassurance, au vu des faibles bénéfices déclarés par le demandeur principal pour les années 2011 et 2012. Indépendamment d'une surassurance, question qui sera examinée ci-dessous, il ne peut toutefois pas être établi in casu que le demandeur principal avait l'intention de se procurer un profit illicite par le moyen de la surassurance. En effet, il venait de commencer l'exploitation de son entreprise, de sorte qu'il est plausible qu'il n'eût pas encore suffisamment d'éléments pour évaluer les bénéfices que lui rapportera son entreprise. De surcroît, le chiffre d'affaires devait en principe augmenter avec les années. Celui de 2011 n'était ainsi pas à lui seul déterminant pour les revenus escomptés, indépendamment du fait que la comptabilité de son entreprise pour 2011 n'a été bouclée qu'après la conclusion du contrat d'assurance. Au vu de l'activité de transporteur exercée par le demandeur principal, il apparaît par ailleurs raisonnable de conclure une assurance perte de gain au moins pour le risque d'accident, ce risque étant très élevé dans ce métier. L'agent d'assurance lui ayant soumis une offre pour une assurance perte de gain en cas de maladie et d'accident, cela peut expliquer que le demandeur principal ait conclu finalement une assurance avec une plus large couverture qu'initialement envisagée. Certes, la prime d'assurance, de CHF 3'456.- par an, est très élevée au vu du chiffre d'affaires et des bénéfices modestes du demandeur principal. Elle ne paraissait cependant pas exorbitante à celui-ci, compte tenu du fait qu'elle était payable par trimestre. Quant au délai d'attente de deux semaines choisi par le demandeur, il peut s'expliquer par le fait que celui-ci avait essentiellement en vue une assurance perte de gain en cas d'accident. Selon le témoin, il n'est par ailleurs pas exceptionnel de choisir le plus court délai d'attente, même si un délai de 30 jours permet de réduire la prime d'assurance de moitié. Cela étant, une des conditions de l'art. 51 LCA, à savoir l'intention délictuelle, n'est pas remplie, si bien que la défenderesse principale ne peut non plus se prévaloir de cette disposition pour faire constater la nullité du contrat.

A/990/2014 - 13/21 - 8. Par conséquent, il sied d'examiner si le demandeur principal peut prétendre aux indemnités journalières du 6 mai au 30 septembre 2013. a. Aux termes des conditions générales d'assurance (CGA), l'objet de l'assurance est la couverture contre les pertes économiques de la maladie et d'accident (art. 1). Est réputée maladie toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail (art. 2.1). L'indemnité journalière est payée pour chaque jour d'incapacité de travail de 25 % au moins, dûment constatée par un médecin. Elle se calcule selon le degré d'incapacité de travail. Le droit aux prestations subsiste aussi longtemps que la personne assurée se trouve sous traitement médical régulier et sous contrôle médical (art. 5.1). b. En l'occurrence, le demandeur principal a fait l'objet d'une expertise par le Dr G\_\_\_\_\_ le 11 avril 2013. Selon l'expert, la capacité de travail est nulle jusqu'au 30 avril 2013, de 20 % en mai 2013, de 50 % en juin 2013 et de 100 % sans diminution de rendement dès juillet 2013. Par la suite, la

Dresse D\_\_\_\_\_ a attesté une incapacité de travail de 80% du 6 mai au 30 septembre 2013. Néanmoins, la défenderesse principale a mis fin aux prestations au 30 juin 2013. Il convient de relever que l'évaluation, par le Dr G\_\_\_\_\_, de la capacité de travail après la date de l'expertise constitue un pronostic que la défenderesse principale aurait dû vérifier par la suite dans les faits. Or, selon la psychiatre traitante, la capacité de travail totale n'a été recouvrée qu'à partir d'octobre 2013. Par conséquent, conformément aux CGA, le droit aux prestations subsistait, dès lors que l'incapacité de travail était attestée par un médecin et que le demandeur principal se trouvait sous traitement médical régulier et sous contrôle médical. Si l'intention de la défenderesse principale était de contester l'incapacité de travail certifiée par la Dresse D\_\_\_\_\_, il lui aurait appartenu de demander au Dr G\_\_\_\_\_ un complément d'expertise. Ayant omis de le faire, il y a lieu de se fonder sur les certificats d'arrêt de travail de la Dresse D\_\_\_\_\_ et d'admettre une incapacité de travail totale jusqu'au 5 mai 2013 et à 80% jusqu'en septembre 2013. 9. La défenderesse principale ayant résilié le contrat d'assurance par courrier du 16 juillet 2013 avec effet à la fin de ce mois, il convient d'examiner si cette résiliation est valable et le cas échéant si cette résiliation met fin aux prestations convenues. a. Aux termes de l'art. 14.2. CGA, l'assureur et le preneur d'assurance peuvent résilier le contrat d'assurance après la survenance d'un événement assuré donnant droit aux prestations. La résiliation de l'assureur doit avoir lieu au plus tard lors du paiement de l'indemnité. En cas de résiliation par les parties, la couverture d'assurance prend fin quatorze jours après la notification de la résiliation à l'autre partie. Cet article reprend pour l'essentiel le texte de l'art. 42 al. 1 et 2 LCA.

A/990/2014 - 14/21 - L'art. 13 CGA règle la fin de la couverture d'assurance. Celle-ci prend fin à l'extinction du contrat d'assurance (art. 13.1.), à la sortie de l'assuré du cercle des personnes couvertes par l'assurance en cas d'assurance collective (art. 13.2.), à l'âge de la retraite AVS ou à la date de prise de retraite anticipée (art. 13.3.), sauf si l'assuré conserve une activité lucrative régulière au-delà de l'âge de la retraite (art. 13.3.), ou à l'expiration de la durée convenue des prestations (art. 13.4.). La couverture est suspendue pendant la durée d'un congé non payé (art. 13.5.). b. L'art. 5 CGA règle le droit aux indemnités journalières. Celles-ci sont payées pour chaque jour d'incapacité de travail de 25 % au moins, dûment constaté par un médecin (art. 5.1.). Le droit à l'indemnité journalière prend fin lorsque le nombre d'indemnités journalières convenues par cas d'assurance a été versé (art. 5.3.). c. Dans l'assurance privée selon la LCA, le principe a été posé que, 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 fin des relations contractuelles ne supprime pas le droit aux prestations convenues. La seule limite que connaît la couverture réside non pas dans la fin des relations contractuelles, mais dans la durée des prestations convenues. Cependant, la jurisprudence réserve expressément les clauses conventionnelles qui limitent ou suppriment le droit aux prestations au-delà de la période de couverture (ATF 127 III 106 consid. 3b et c et les références). 10. En l'espèce, la résiliation du contrat est certes valable, dès lors qu'elle est intervenue après la survenance d'un cas assuré donnant droit aux prestations. Cependant, cette résiliation ne met pas fin aux prestations convenues, à savoir le droit aux indemnités journalières durant 730 jours par cas d'assurance, tel que stipulé dans le contrat litigieux. En effet, comme relevé ci-dessus, la fin des relations contractuelles ne supprime le droit aux prestations que pour autant qu'une clause conventionnelle limite ou supprime expressément ce droit au-delà de la période de la couverture. Or, en l'occurrence, les CGA de la défenderesse principale ne règlent pas le droit aux prestations lorsque le contrat prend fin

avant l'épuisement du nombre d'indemnités journalières convenues pour un événement assuré, en particulier en cas de résiliation du contrat. Au demeurant, la défenderesse principale ne s'en prévaut pas, mais se fonde sur l'absence d'une incapacité de travail dès juillet 2013 pour refuser les prestations dès cette date. Par conséquent, la résiliation du contrat d'assurance par la défenderesse principale n'a pas pu mettre fin au droit aux prestations à fin juillet 2013, de sorte que ce droit subsiste en l'occurrence jusqu'au 30 septembre 2013. 11. La défenderesse principale oppose également au droit aux prestations du demandeur principal une violation de son obligation de diminuer le dommage, dès lors que la compliance médicamenteuse était insuffisante. a. L'art. 11.1. let. a CGA stipule que, pour tous les cas d'assurance, l'assuré est tenu de faire appel à un médecin, afin qu'il prodigue les soins qui s'imposent, et que la

A/990/2014 - 15/21 - personne assurée doit se conformer strictement aux prescriptions du médecin. Selon l'art. 11.3. CGA, si la personne assurée ou le preneur d'assurance contrevient de manière fautive au devoir d'annoncer, de renseigner ou aux comportements qui lui incombent, l'assureur peut réduire ou refuser les prestations ou se départir du contrat. b. L'art. 61 LCA prescrit que l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage, lors d'un sinistre. S'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur sur les mesures à prendre et s'y conformer (al. 1). Si l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2). Selon la jurisprudence, l'assuré doit notamment se soumettre aux mesures thérapeutiques aptes à réduire le dommage, dans le domaine des assurances couvrant les conséquences d'atteintes à la santé, pour autant que, selon l'expérience, il n'existe pas de risque pour sa vie, que ces mesures entraîneront avec certitude ou grande vraisemblance une guérison ou une amélioration importante de l'affection et, par là, un accroissement notable de sa capacité de gain et qu'elles ne provoquent pas de souffrance excessive (ATF 105 V 176 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral du 5C\_301/2001 du 22 janvier 2002 consid. 5a). L'art. 61 LCA exprime un principe général du droit des assurances qui s'applique tant à l'assurance des personnes qu'aux assurances de somme, notamment à l'assurance d'indemnités journalières (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 page 531). L'assureur qui n'entend pas indemniser la totalité du dommage subi par l'assuré doit prouver que celui-ci a violé son devoir de réduire le dommage. Il lui appartient en particulier de démontrer que les mesures tendant à diminuer le dommage qui n'ont pas été prises par l'assuré pouvaient raisonnablement être exigées de celui-ci (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_304/2012 du 14 novembre 2012 consid. 2.3 non publié et les références citées). L'art. 61 LCA n'est pas impératif, de sorte que les parties peuvent préciser, voire aggraver l'obligation de sauvetage et remplacer la réduction des prestations par l'extinction complète du droit aux prestations en cas de violation fautive des obligations de l'assuré (arrêt du Tribunal fédéral 5C.74/2002 du 7 mai 2002 consid. 3c). Cependant, on attend d'un assureur versant des indemnités journalières à un assuré, avant de considérer que ce dernier n'est plus incapable de travailler, qu'il en informe l'assuré et continue de servir les prestations pendant le délai nécessaire pour reprendre une activité. Le Tribunal fédéral a considéré qu'un tel avertissement était également nécessaire si l'assureur entendait mettre un terme à ses prestations parce que l'assuré ne s'était pas soumis à un traitement médical (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_79/2012 du 27 août 2012 consid. 5.1 et 5.4). En effet, l'art. 21 al. 4 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000

A/990/2014 - 16/21 - (LPGA - RS 830.1), inspirée par la jurisprudence rendue en application de l'art. 61 LCA, est une concrétisation du principe de la bonne foi également applicable aux assurances privées. Selon cette disposition de la LPGA, les prestations peuvent être réduites ou refusées temporairement ou définitivement si l'assuré se soustrait ou s'oppose, ou encore ne participe pas spontanément, dans les limites de ce qui peut être exigé de lui, à un traitement ou à une mesure de réinsertion professionnelle raisonnablement exigible et susceptible d'améliorer notablement sa capacité de travail ou d'offrir une nouvelle possibilité de gain, pour autant qu'une mise en demeure écrite l'avertissant des conséquences juridiques et lui impartissant un délai de réflexion convenable lui a été adressée. Pour l'appréciation de la faute dans le cadre de l'art. 61 LCA, les principes de l'art. 14 al. 2 LCA sont également applicables, de sorte que seule une faute grave, à l'exclusion d'une faute moyenne ou légère, peut justifier une réduction des prestations (ATF 128 III 34 consid. 5c page 38). Commet une faute grave celui qui viole un devoir élémentaire de prudence et qui, dans les mêmes circonstances, se serait imposé à toute personne raisonnable (ATF 119 II 443 consid. 2a page 448). Pour en juger, il y a lieu de se fonder sur un critère objectif qui tient compte des circonstances concrètes. 12. En l'occurrence, il n'est pas contesté que la défenderesse principale n'a jamais demandé au demandeur principal de se soumettre à un traitement antidépresseur à un dosage efficace, alors même que le Dr G \_\_\_\_\_ avait déjà relevé l'absence d'un tel traitement dans son expertise du 16 avril 2013. Partant, en application de la jurisprudence en la matière, elle ne peut se fonder sur une compliance médicamenteuse insuffisante pour réduire ses prestations. 13. Se pose enfin la question de savoir si le demandeur principal peut prétendre à être indemnisé sur la base du revenu assuré ou s'il y a lieu de prendre en considération un revenu moindre pour le calcul des indemnités journalières. 14. En matière d'assurance privée, les parties peuvent convenir d'une assurance de personnes (dite aussi assurance de sommes) ou d'une assurance contre les dommages. Pour ranger une prestation donnée dans l'une ou l'autre de ces deux catégories, il faut se demander si ladite prestation couvre un dommage concret ou si elle doit être effectuée indépendamment de l'existence d'un préjudice effectif (ATF 119 II 361 consid. 4). L'assurance de personnes se distingue de l'assurance de dommage par sa nature non indemnitaire : il s'agit d'une promesse de capital indépendante du montant effectif du préjudice subi par le preneur ou l'ayant droit. Ainsi, même dans le cas d'une assurance qui, comme celle contre la maladie, a pour objet une personne physique, on est en présence d'une assurance de personnes uniquement lorsque les parties au contrat d'assurance n'ont subordonné la prestation de l'assureur, dont elles ont fixé le montant lors de la conclusion du contrat, qu'à la survenance de l'événement assuré, sans égard à ses conséquences pécuniaires. On est en revanche en présence d'une assurance contre les dommages lorsque les parties au contrat d'assurance ont fait de la perte patrimoniale effective une

A/990/2014 - 17/21 - condition autonome du droit aux prestations (ATF 119 II 361 consid. 4, ATF 104 II 44 consid. 4c). Lorsque le droit à l'indemnité est subordonné à la survenance d'une perte effective sur le plan économique et que le montant de l'indemnité dépend des conséquences économiques réelles du sinistre pour l'assuré, il s'agit d'une assurance contre les dommages (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_332/2010 du 22 février 2011 consid. 5.2.3). Une telle assurance compense un dommage effectif; l'ampleur de la prestation dépend par conséquent de l'étendue du préjudice subi par l'assuré (Vincent BRULHART, Droit des assurances privées, 2008, n° 821, p. 366). Lorsque le contrat d'assurance prévoit le versement à l'assuré d'une indemnité journalière forfaitaire en fonction du seul degré de

l'incapacité de travail de l'assuré, il s'agit d'une assurance de sommes (ATF 133 III 527 consid. 3.2.4; ATF 119 II 361 consid. 4). Dans ce cas, le dommage effectif est sans incidence sur l'allocation de la prestation (Vincent BRULHART, op. cit., n° 823, p. 367). Dans les assurances de sommes, la surindemnisation de l'ayant droit est possible et les prestations versées par un assureur social ne peuvent pas être imputées sur les allocations journalières dues par l'assureur privé, à moins que les conditions générales d'assurance ne prévoient exceptionnellement une telle imputation (ATF 133 III 527 consid. 3.2.5). Notre Haute Cour a ainsi qualifié d'assurance contre les dommages, un contrat dont les conditions prévoyaient en particulier que l'assureur allouait les indemnités journalières en contrepartie d'une perte de salaire ou de gain consécutive à une incapacité de travail par suite de maladie ou d'accident; que ces prestations étaient allouées jusqu'à concurrence de la perte économique réelle de l'assuré; que l'ouverture du droit aux prestations était déterminée par la survenance d'une incapacité de travail entraînant une perte de gain; que l'assuré devait notamment fournir, pour faire valoir son droit, une déclaration de perte de gain attestée par son employeur ou une déclaration personnelle s'il était indépendant; et que lorsqu'une incapacité de travail n'était que partielle, le dommage économique résultant de la perte de gain ne donnait droit qu'à une indemnité proportionnelle. Selon le Tribunal fédéral, il résultait de ces clauses que le droit à l'indemnité journalière est subordonné à ce que l'assuré subisse une perte effective sur le plan économique car le montant journalier est prévu en fonction non pas du seul degré de l'incapacité de travail de l'assuré, mais des conséquences économiques réelles du sinistre pour celui-ci. Dans ce cas, le risque couvert par le contrat est la perte de gain effective, subie en raison d'une incapacité de gain consécutive à une maladie ou un accident (arrêt du Tribunal fédéral 5C.243/2006 du 19 avril 2007 consid. 3.2). 15. En l'occurrence, selon l'art. 1 CGA, l'assureur accorde la couverture d'assurance contre les pertes économiques de la maladie et, pour autant qu'il en soit convenu spécialement, d'accouchements et/ou d'accidents. L'art. 8.1 CGA stipule que la police d'assurance mentionne si les prestations sont calculées sur la base du salaire AVS ou sur la base d'un salaire fixe déterminé à l'avance. Pour les employeurs, il est convenu à l'avance d'un salaire annuel fixe correspondant à la situation de revenu effective. L'indemnité journalière est calculée sur cette base, en divisant par

A/990/2014 - 18/21 - 365 le montant annuel indiqué dans la police (art. 8.3 al. 1 CGA). L'employeur s'engage à informer la compagnie de tout changement notable de sa situation de revenu effective. En cas de surindemnisation, l'indemnité pourra être diminuée jusqu'à concurrence du revenu effectif provenant de l'activité lucrative (art. 8.3 al. 2 CGA). 16. Il résulte des dispositions précitées, que les parties sont liées par une assurance contre les dommages, à savoir une assurance qui dépend de la perte de gain effective. Il convient dès lors de déterminer si, en l'occurrence, il y a lieu de diminuer l'indemnité journalière en raison d'une surassurance. 17. a. En l'espèce, le demandeur principal s'est associé avec sa compagne pour exploiter une entreprise groupant des activités très différentes, à savoir l'exploitation d'une épicerie, l'importation et le transport de marchandises. Son associée s'occupe de l'épicerie et le demandeur principal du transport, comme cela ressort des déclarations de ce dernier à la défenderesse principale en date du 21 novembre 2012, ainsi qu'à l'expert. Des bénéfices déclarés pour chacun d'eux dans la déclaration fiscale, il résulte qu'ils sont convenus de partager les bénéfices à raison de deux tiers pour l'associée et d'un tiers pour le demandeur principal, en faisant abstraction du bénéfice réel réalisé pour le transport de marchandise. Toutefois, dans la mesure où le demandeur principal a assuré une entreprise de transport, seul le bénéfice réalisé pour cette activité doit être pris en

considération pour déterminer la perte de gain. b. Selon le compte de pertes et profits, le demandeur principal a réalisé en 2012 un chiffre d'affaires de CHF 23'293.- pour le transport de marchandises. Les charges étaient très élevées, en comparaison à ce chiffre d'affaires, à savoir de CHF 15'059.80. A cela s'ajoutent les amortissements sur les véhicules de CHF 2'500.-, ainsi que les charges d'administration, d'informatique et de publicité de 1'820.90, qu'il se justifie de prendre en compte à raison d'un tiers, à savoir à raison de CHF 607.-. Le bénéfice pour le transport s'établit ainsi pour 2012 à CHF 5'126.20, soit à un montant supérieur à celui déclaré par le demandeur principal à l'administration fiscale. Il convient toutefois de tenir compte de ce que le demandeur principal n'a pas travaillé pendant toute l'année 2012, mais uniquement pendant huit mois et une semaine, alors même qu'il a dû assumer les charges pour les véhicules et les assurances pendant toute l'année. Cela étant, il peut être considéré qu'il aurait réalisé en 2012 vraisemblablement un chiffre d'affaires d'environ CHF 34'000.- (CHF 23'293 : 8.25 mois x 12 mois). Quant aux charges, il est à supposer que celles-ci se seraient élevées pour les carburants et frais de déplacement à environ CHF 5'000.- (CHF 3'553 : 8.5 mois x 12 mois), alors que les autres charges, d'un montant de CHF 15'451.20 (CHF 1'729.20 + CHF 13'722) seraient restées identiques. Partant, les charges auraient été pour toute l'année de CHF 20'451.20.

A/990/2014 - 19/21 - Comme il résulte du compte pertes et profits, 20,75 % (CHF 3'944.40 sur CHF 19'004.20) des charges étaient afférentes à l'utilisation privée des véhicules par le demandeur principal, de sorte que les charges afférentes au transport professionnel, transposées sur toute l'année, doivent être diminuées de ce pourcentage, ce qui les établit à CHF 16'207.60 (79.25% de CHF 20'451.20). En déduisant encore les amortissements de CHF 2'500.- et les frais administratifs de CHF 607.-, en considérant qu'ils n'auraient pas sensiblement augmentés si le demandeur principal avait effectué des transports sur toute l'année, le bénéfice, transposé pour une année pleine, s'élève à CHF 14'685.- en chiffres ronds. En admettant que, suivant le témoin C\_\_\_\_\_, une marge entre 20 et 30 % est laissée pour la somme assurée (entre 20 et 25 % selon les déclarations de la défenderesse principale lors de son audition en date du 27 août 2014), afin de tenir compte des charges qu'un indépendant doit assumer en plus de la perte des revenus, le bénéfice déterminant pour toute l'année 2012 est, dans la meilleure des hypothèses, de CHF 19'091.- (130 % de CHF 14'685.-). Ce gain représente 35,35% du gain assuré de CHF 54'000.-. Au vu de cette différence importante, il convient d'admettre qu'il y a une surassurance et que l'assureur peut diminuer ses prestations de 64.65 % pour 2012. Pour 2013, il y a lieu de considérer que le chiffre d'affaires et ainsi le bénéfice auraient augmentés. En se fondant sur l'évolution du chiffre d'affaires entre 2011 et 2012, une progression de 15 % doit être constatée. En effet, extrapolé sur toute l'année 2011, le chiffre d'affaires aurait été en cette année de CHF 28'756 (CHF 22'375 : 284 jours x 365 jours), en partant du fait que le demandeur principal a commencé son activité le jour de l'inscription de l'entreprise au registre du commerce en date du 22 mars 2011, alors que le chiffre d'affaires pour toute l'année 2012 a été déterminé à CHF 34'000.-. Par conséquent, il convient de prendre en compte une augmentation du bénéfice de 15% en 2013, ce qui l'établit à CHF 21'954.- en chiffres ronds et représente 40,65% du revenu assuré de CHF 54'000.-. c. Dans la mesure où la défenderesse principale a payé CHF 13'758.42 du 26 septembre 2012 au 31 décembre 2012 (93 jours x CHF 147,94), il appert que 64,65 % de cette somme, à savoir CHF 8'894.81, ont été versés en trop en 2012. En 2013, la défenderesse a payé CHF 24'232.58 (CHF 37'991 – CHF 13'758.42), dont 59,35% représente un trop-perçu, soit CHF 14'382.03. Ainsi, le total des prestations versées qui dépassent la perte de gain est de CHF 23'276.84, sous réserve des

indemnités journalières supplémentaires auxquelles le demandeur principal peut encore prétendre. c. Celui-ci réclame en effet pour les premiers 5 jours du mois de mai à être indemnisé à 100 %, alors même que l'intimée ne lui avait versé que 80 % des indemnités. Dans la mesure où seulement 40,65% environ de l'indemnité

A/990/2014 - 20/21 - journalière assurée de CHF 147.94 correspondent au gain perdu, le demandeur principal ne peut réclamer qu'une indemnité journalière de CHF 60.13. Pour 5 jours à 20 %, les indemnités dues représentent la somme de CHF 60.13. Pour le mois de juin 2013, la défenderesse ne l'a indemnisé qu'à raison de 50 %, alors qu'une incapacité de travail de 80% est attestée. Pour les 30 jours de ce mois, il peut ainsi encore demander la somme de CHF 541.17 (CHF 60.13 x 30 jours x 30 %). Dès lors que le demandeur principal a été incapable de travailler à 80 % jusqu'à fin septembre 2013, la défenderesse principale lui doit encore 92 indemnités journalières pour les mois de juillet à septembre 2013 à 80 %, à savoir un montant de CHF 4'425.56 (92 jours x CHF 60.13 x 80 %). d. Compte tenu du fait que la demanderesse reconventionnelle a payé la somme de CHF 23'276.84 de trop, il appert que c'est le défendeur reconventionnel qui lui doit, après compensation de ses créances, la somme de CHF 18'249.98 (CHF 23'276.84 – CHF 60.13 – CHF 541.17 – CHF 4'425.56). 18. Cela étant, la demande principale sera rejetée et la demande reconventionnelle partiellement admise. Le défendeur reconventionnel sera par conséquent condamné à payer à la demanderesse reconventionnelle la somme de CHF 18'250.- en chiffres ronds. 19. Les cantons sont compétents pour fixer le tarif des frais comprenant les dépens (art. 96 CPC en relation avec l'art. 95 al. 3 let. b). A Genève, le règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RTFMC; RS E 1 05.10) détermine notamment le tarif des dépens, applicable aux affaires civiles contentieuses (art. 1 RTFMC). Il n'est pas alloué de dépens à la charge du demandeur (art. 22 al. 3 let. b de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 [LaCC; RS E 1 05];) ni perçu de frais judiciaires (art. 114 let. e CPC). La demanderesse reconventionnelle qui obtient partiellement gain de cause, ne peut dès lors prétendre à des dépens.

\*\*\*

A/990/2014 - 21/21 - 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.