

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20170123_f_ge_o_01 vom 23. Januar 2017

FINMA Versicherungsrecht, 2017-01-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20170123_f_ge_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20170123_f_ge_o_01 du 23 janvier 2017

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20170123_f_ge_o_01 del 23 gennaio 2017

Erwägungen

E. 10

En l'espèce, la défenderesse a invité le demandeur à compléter un questionnaire le 20 novembre 2015. Interrogé sur son emploi du temps – alors qu'il était en arrêt de travail à 50% – et ses tâches principales en qualité d'expert-comptable à 100%, le demandeur a répondu en substance qu'il travaillait environ quatre heures par jour, ses tâches consistant à « effectuer des analyses financières, rédiger des rapports, proposer aux clients des solutions pour améliorer leur situation financière ». Ce n'est qu'à réception du courrier de la défenderesse du 4 janvier 2016 que le demandeur a indiqué qu'il avait été nommé administrateur des sociétés L_____ SA et M_____ SA, le 23 mars, respectivement le 24 mars 2015, et qu'il était également le gérant de N_____ Sàrl depuis le 10 avril 2015, ajoutant en substance, attestations à l'appui, qu'il s'agissait là uniquement d'une activité d'homme de paille.

Interpellé par la chambre de céans sur d'autres sociétés dans lesquelles son nom apparaissait, le demandeur admis lors de son audition du 7 novembre 2016 qu'il en était bien l'administrateur, respectivement le gérant mais que tout le travail accompli pour ces sociétés entraînait exclusivement dans le cadre de l'activité qu'il déployait pour B_____ en étant en arrêt maladie à 50%.

Cette dernière affirmation implique qu'il est nécessaire d'examiner s'il est possible, pour le demandeur, de confier à son employeur – via les procurations versées au dossier le 16 décembre 2016 – l'intégralité des tâches qui lui incombent en qualité d'administrateur de sociétés anonymes, respectivement de gérant de sociétés à responsabilité limitée. Dans la négative, cela signifierait que le demandeur, en passant sous silence ces fonctions externes à B_____ dans le questionnaire de la défenderesse du 20 novembre 2015, aurait fait supporter une partie du coût de son incapacité de travail de 50% à la défenderesse, et ce pour des activités d'administrateur/ gérant pour lesquelles il n'est pas assuré. Sous l'angle d'une prétention frauduleuse au sens de l'art. 40 LCA, cela signifierait également que le demandeur aurait omis de mentionner des faits qui étaient propres à restreindre l'étendue des obligations de la défenderesse.

E. 11

a. En principe, le conseil d'administration de la société anonyme gère les affaires de la société dans la mesure où il n'en a pas délégué la gestion (art. 716 al. 2 CO). La gestion au sens de cette disposition correspond à la conduite interne de la société, notion qui ne doit pas être confondue avec la question de la représentation, laquelle a pour objet la question de savoir qui peut engager la société, donc les relations que la société entretient sur le plan externe (art. 718 CO ; Henry PETER/ Francesca CAVADINI, in Commentaire romand,

Code des obligations II, n. 6 ad art 716 CO).

A/1654/2016 - 27/33 -

Selon l'art. 716b al. 1 CO, les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs de ses membres (administrateurs délégués cumulant des fonctions de direction) ou à des tiers (directeurs, en principe). Toutefois, la clause statutaire est nécessaire mais pas suffisante. Elle doit également être concrétisée par un règlement d'organisation (cf. art. 716b al. 1 in fine) et surtout par une décision de délégation, lesquels sont du ressort exclusif du conseil d'administration (cf. PETER/ CAVADINI, op. cit. n. 15 ad art. 716b CO). La décision de délégation est prise à la majorité simple (art. 713 al. 1 CO) à moins que les statuts ne prévoient une majorité qualifiée (ATF 137 III 503 consid. 3.4). La nomination et la révocation des personnes chargées de la gestion et de la représentation (art. 716a al. 1 ch. 4 CO) peut également revêtir la forme prévue par l'art. 721 CO, lorsque le conseil d'administration nomme des fondés de procuration (art. 459 ss CO) ou d'autres mandataires commerciaux (art. 462 CO).

b/aa. Seule une personne physique peut prendre la qualité de fondé de procuration (art. 120 de l'ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 [ORC – RS 221.411] ; cf. ég. Christine CHAPPUIS, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2ème éd. 2012, n. 12 ad art. 458 CO). Les fondés de procuration ont le pouvoir de faire tous les actes que comporte le but social, notamment celui de souscrire des engagements de change (art. 459 al. 1 CO). Il incombe au conseil d'administration de pourvoir à l'inscription des fondés de procuration au registre du commerce (art. 458 al. 2 CO). Le conseil d'administration doit accompagner la requête d'inscription du fondé de procuration d'une copie certifiée conforme de la décision y relative. Ceci est la conséquence de la pratique actuelle des autorités du registre qui n'admettent pas que le conseil d'administration délègue ses compétences en la matière (PETER/ CAVADINI, op. cit. n. 10 ad 721 CO).

Le fondé de procuration d'une société anonyme a un pouvoir de représentation comparable à celui d'un conseil d'administration, mais, du point de vue juridique, il lui est clairement subordonné (Rolf WATTER, in Basler Kommentar, 3ème éd. 2008, n. 4 ad art. 721 CO et n. 7 ad art. 459 CO).

Selon la jurisprudence, il faut distinguer deux hypothèses : si le fondé de procuration reçoit la compétence de gérer la société (gestion au sens étroit de l'art. 716 al. 2 CO), les statuts doivent prévoir cette éventualité. S'y ajoutent les autres conditions découlant de l'art. 716b CO, c'est-à-dire l'existence d'un règlement d'organisation et décision de délégation du conseil d'administration (arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2009 consid. 6.6). En revanche, si la mission du fondé de procuration se limite à la représentation de la société (art. 718 CO), une décision du conseil d'administration (cf. ég. 716 al. 1 ch. 4 CO) et une inscription du fondé de procuration au registre du commerce sont nécessaires. Dans cette éventualité, il est possible de se passer d'une base statutaire et d'un règlement d'organisation (arrêt du Tribunal fédéral 4A_248/2009 consid. 6.6).

A/1654/2016 - 28/33 -

b/bb. À l'image de ce qui vaut pour les fondés de procuration, seule une personne physique peut être mandataire commercial (Christine CHAPPUIS, op. cit. n. 4 ad art. 462 CO). Pour le surplus, les remarques faites au sujet des fondés de procuration valent mutatis mutandis. Les mandataires commerciaux (art. 462 CO) se distinguent cependant des premiers par le

fait qu'ils ne peuvent pas être inscrits au registre du commerce et que leurs pouvoirs sont moins étendus. Ainsi, pour souscrire des engagements de change, emprunter ou plaider, une procuration spéciale est nécessaire (art. 462 al. 2 CO).

c/aa. Aux termes de l'art. 716a al. 1 CO, le conseil d'administration a les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes :

- exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires ;
- fixer l'organisation ; - fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société ; - nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation ; - exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données ; - établir le rapport de gestion, préparer l'assemblée générale et exécuter ses décisions ; - informer le juge en cas de surendettement.

c/bb. La teneur de l'art. 716a al. 1 CO est reproduite notamment dans les statuts des sociétés S_____ SA (art. 24), AD_____ SA (art. 25), AE_____ SA (art. 19), V_____ SA (art. 18), sociétés dans lesquelles le demandeur occupe respectivement la fonction d'administrateur unique (S_____ SA), d'administrateur avec signature collective à deux (AD_____ SA) et d'administrateur avec signature individuelle (AE_____ SA ainsi que V_____ SA)

c/cc. Le catalogue des attributions intransmissibles et inaliénables de l'art. 716a al. 1 CO correspond à des tâches qui, en raison de leur importance fondamentale, ne peuvent être transférées, ni déléguées, que ce soit à un autre organe de gestion (administrateur[s] délégués ou directeur[s] ou à l'assemblée générale). Ces tâches ont ceci de commun que, au sens large, elles relèvent toutes de la haute direction de la société – et, le cas échéant, de l'entreprise exploitée par celle-ci (PETER/ CAVADINI, op. cit. n. 4 ad 716a CO).

E. 12

En droit de la Sàrl, la qualité de gérant revient à toute personne physique. Lorsqu'une personne morale a la qualité d'associé, elle ne peut être gérant. Dans ce cas, la personne morale associée a le droit de désigner une personne physique qui exercera la gestion à sa place (art. 809 al. 2 CO).

A/1654/2016 - 29/33 - À l'inverse du droit de la SA (art. 716a al. 2 et 716b CO), les dispositions légales de la Sàrl ne prévoient pas explicitement de délégation des tâches de gestion incombant aux gérants (cf. art. 810 CO). Parmi les attributions intransmissibles et inaliénables (donc non susceptibles de délégation) figurent notamment : - exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires (art. 810 al. 2 ch. 1 CO) ;

- décider de l'organisation de la société dans le cadre de la loi et des statuts (art. 810 al. 2 ch. 2 CO) ; - exercer la surveillance sur les personnes chargées de parties de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (art. 810 al. 2 ch. 4 CO).

Hors du domaine des attributions intransmissibles, une délégation des tâches de gestion est possible moyennant une disposition statutaire analogue à celle requise par l'art. 716b al. 1 CO (Cédric CHAPUIS, in Commentaire romand, CO II, n. 14 ad art. 810 CO). Le droit des gérants de nommer des directeurs (ou des fondés de procuration ou mandataires

commerciaux) doit quant à lui obligatoirement figurer dans les statuts de la société (art. 776 al. 1 ch. 13 CO) et faire l'objet d'une décision du/ des gérant(s). Si la société a plusieurs gérants, ceux-ci prennent leurs décisions à la majorité des voix émises. Le président a voix prépondérante. Les statuts peuvent prévoir une réglementation différente (art. 809 al. 4 CO).

E. 13

a. Selon le registre du commerce, le demandeur est toujours administrateur de AD_____ SA (depuis le 29 octobre 2007), de S_____ SA (depuis le 12 octobre 2009 ; anciennement Emina SA) et de AE_____ SA (depuis le 28 février 2014). Par ailleurs, il est toujours gérant de R_____ Sàrl (depuis le 21 novembre 2011). Au cours de sa première période d'incapacité de travail complète, le demandeur est devenu administrateur unique avec signature individuelle de M_____ SA et de L_____ SA (27 mars 2015), ainsi que gérant de N_____ Sàrl (10 avril 2015) et de Y_____ Sàrl (25 mai 2015). Pour les trois premières sociétés citées, le demandeur a produit des attestations délivrées le 19 janvier 2016, aux termes desquelles il avait été nommé administrateur, respectivement gérant lors de leur constitution, sans participer à aucune discussion ni préparer aucun document qu'il avait signé. Ces attestations précisait qu'il n'avait reçu aucune rémunération pour ces services rendus à titre amical. Enfin, il ressort de l'extrait du registre du commerce que le demandeur n'était plus administrateur de M_____ SA et de L_____ SA à compter du 16 avril 2015 et qu'il avait cessé d'être le gérant de N_____ Sàrl et de Y_____ Sàrl dès le 2 juillet 2015.

Durant son incapacité de travail de 50%, le demandeur s'est vu confier la gérance de T_____ (26 juin 2015) et U_____ Sàrl (2 septembre 2015), ainsi que le poste d'administrateur de V_____ SA (3 novembre 2015). À teneur du registre du commerce, ces trois mandats sont encore d'actualité.

A/1654/2016 - 30/33 -

b. Force est de constater en premier lieu que les procurations que le demandeur a établies en qualité d'administrateur/gérant en faveur de M. J_____ et de B_____ sont lacunaires puisqu'elles ne se réfèrent notamment pas aux sociétés AD_____ SA et AE_____ SA et U_____ Sàrl. Quant à la procuration que le demandeur a établie en faveur de M. J_____, permettant à celui-ci « d'engager toutes les sociétés dans lesquelles je suis administrateur », elle est problématique à plus d'un titre : on ignore d'une part s'il existe une décision préalable du conseil d'administration (art. 27 des statuts de AD_____ SA ; art. 19 des statuts de AE_____ SA), respectivement des gérants (art. 24 al. 3 et 25 des statuts de U_____ Sàrl). D'autre part, cette procuration ne respecte pas le cadre des dispositions statutaires qui traite de la représentation de la société par un tiers mais non de celle d'un membre du conseil d'administration, respectivement d'un gérant par un tiers. Partant, cette procuration est impropre à remplacer celles que AD_____ SA, AE_____ SA et U_____ Sàrl n'ont précisément pas établies en faveur de M. J_____, respectivement B_____.

c. Les procurations produites le 16 décembre 2016 émanent des sociétés S_____ SA, V_____ SA, T_____ Sàrl et R_____ Sàrl. Elles ont été établies uniquement par « A_____ administrateur », d'une part en faveur de M. J_____, d'autre part en faveur de B_____. Les statuts de ces sociétés prévoient toutes le droit du conseil d'administration, respectivement des gérants (pour les Sàrl) de nommer des directeurs, des fondés de procuration ou des mandataires commerciaux.

c/aa S'agissant des procurations en faveur de M. J_____, elles autorisent celui-ci à « représenter [la société] dans le cadre de la gestion administrative et comptable ». Il est

précisé que la société autorise M. J _____ à l'engager. Il semble s'agir de procurations mixtes, c'est-à-dire visant à la fois la conduite interne et la représentation. Dans les deux cas, une décision du conseil d'administration, respectivement des gérants est nécessaire, ainsi qu'une inscription du représentant au registre du commerce, s'il s'agit d'un fondé de procuration. On rappellera pour le surplus que dans une société anonyme, la délégation de la conduite interne doit reposer également sur un règlement d'organisation (cf. ci-dessus : consid. 14). c/bb. En ce qui concerne les procurations en faveur de B _____, elles autorisent cette dernière à « représenter [la société] dans le cadre de la gestion administrative, fiscale et comptable ». Il est précisé que la société autorise « toute personne qui a qualité pour engager B _____ ainsi que les membres de son personnel à obtenir les informations nécessaires à la gestion de notre société ». Cette seconde procuration ne saurait concerner une représentation de la société mandante par B _____, cette dernière étant elle-même une personne morale. Seule est donc visée la conduite interne. Pour l'aspect externe de la gestion administrative, fiscale et comptable (représentation), la procuration en faveur de M. J _____ fait donc foi. Toutefois, celui-ci n'apparaît nulle part dans les extraits du registre du commerce des sociétés concernées, que ce soit en tant que directeur, fondé de procuration ou à un autre titre.

A/1654/2016 - 31/33 - d. Il résulte de ce qui précède que les procurations produites par le demandeur ne permettent pas à elles seules d'établir que les sociétés dont il est l'administrateur ou le gérant auraient effectivement confié un mandat de gestion à B _____ comme il le prétend. La chambre de céans s'abstiendra toutefois d'ordonner des mesures d'instruction complémentaires (audition de témoins, production des décisions du conseil d'administration, règlements d'organisation des SA etc). En effet, même si celles-ci permettraient de prouver que la gestion de toutes ces sociétés a bel et bien été confiée à B _____, cela ne changerait rien au fait que cette délégation de compétences ne saurait inclure les attributions intransmissibles et inaliénables dont le demandeur est impérativement titulaire en qualité d'administrateur ou de gérant. Ainsi, en déclarant que tout le travail accompli pour les sociétés qu'il administre ou gère entrerait exclusivement dans le cadre de l'activité déployée à 50% pour B _____ (cf. p.-v. d'audience du 7 novembre 2016, p. 2), le demandeur a admis, d'une part, qu'il n'était pas qu'un simple homme de paille et, d'autre part, que le temps de travail consacré à ces sociétés était inclus dans son emploi du temps de salarié réduit à 50% pour raisons de santé. Ainsi, le demandeur a fait supporter une partie du coût de son incapacité de travail de 50% à la défenderesse, et ce pour des activités dont une bonne partie au moins est nécessairement étrangère à son emploi « d'expert-comptable » auprès de B _____ (cf. demande en justice, point 1) et donc non assurée. Du reste, le cahier des charges mentionné au point 4 du questionnaire précise que l'activité d'expert-comptable consiste à « effectuer des analyses financières, rédiger des rapports, proposer aux clients des solutions pour améliorer leur situation financière » (pièce 15 demandeur). Or, même en admettant qu'un mandat de gestion ait été confié « de fait » à B _____ par les sociétés dont le demandeur est administrateur, respectivement gérant, ce cahier des charges ne se recoupe que très partiellement avec les tâches qui relèvent de la haute direction d'une société (cf. ci-dessus : consid. 14c/cc).

E. 14

Il est ainsi établi qu'en ne mentionnant pas ses activités d'administrateur et de gérant dans le cadre des réponses données aux points 3 et 4 du questionnaire du 20 novembre 2015, le demandeur a passé sous silence des faits qui étaient propres à restreindre l'obligation de la

défenderesse, de sorte que les éléments objectifs de l'art. 40 LCA sont réalisés. Ils ne le sont pas, en revanche, s'agissant des activités politiques du demandeur : celui-ci étant assuré pour la perte du gain obtenu chez B_____, l'indemnité sert à compenser la perte de ce revenu professionnel. Ainsi, les activités annexes de conseiller municipal sont sans pertinence pour fixer le montant des indemnités journalières (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_574/2014 du

E. 15

Compte tenu de ce qui précède, la défenderesse peut refuser l'octroi de plus amples indemnités journalières au demandeur. La demande doit dès lors être rejetée.

E. 16

En ce qui concerne la demande reconventionnelle, la défenderesse sera renvoyée aux considérants qui précèdent sur la recevabilité de son action (cf. ci-dessus : consid. 4) et, en tant que de besoin, aux conséquences juridiques d'une prétention frauduleuse de l'ayant droit (cf. ci-dessus : consid. 9d). Force est de constater à cet égard que lorsque l'omission reprochée a eu lieu, soit le 20 novembre 2015, le droit aux prestations était déjà suspendu. En conséquence, n'y a pas de place pour une restitution des prestations déjà versées. Partant, la demande reconventionnelle sera déclarée irrecevable et rejetée en tant que de besoin.

E. 17

Pour le surplus, il n'est pas alloué de dépens à la charge du demandeur principal qui succombe (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 - E 1 05]). Cependant, dans la mesure où le demandeur principal, représenté par un conseil, obtient gain de cause sur la demande reconventionnelle, la demanderesse reconventionnelle sera condamnée à lui verser une indemnité de CHF 4'500.-, TVA et débours inclus (art. 106 al. 1 CPC ; art. 20 à 26 LaCC ; art. 84 et 85 du règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 [RTFMC – E 1 05.10]). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 114 let. e CPC). ***
PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

A/1654/2016 - 33/33 - Statuant À la forme :

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