

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180912\_f\_ge\_o\_01 vom 12. September 2018**

FINMA Versicherungsrecht, 2018-09-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20180912\\_f\\_ge\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20180912_f_ge_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180912\_f\_ge\_o\_01 du 12 septembre 2018

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180912\_f\_ge\_o\_01 del 12 settembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 7 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) et à l'art. 134 al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - 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). Selon la police d'assurance liant la demanderesse à la défenderesse, le contrat est régi par la LCA. La compétence de la chambre de céans à raison de la matière pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

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 CPC, auquel il convient désormais de se référer. Sauf disposition contraire de la loi, pour les actions dirigées contre une personne morale, le for est celui de son siège (art. 10

A/4105/2016 - 17/32 - al. 1 let. b CPC), étant précisé que l'art. 17 al. 1 CPC consacre la possibilité d'une élection de for écrite. L'art. G17 des conditions contractuelles prévoit qu'en cas de litige, le preneur du contrat d'assurance peut porter plainte à son lieu de domicile ou celui de Bâle-Ville. La défenderesse ayant son domicile à Genève, la chambre de céans est compétente à raison du lieu pour connaître de la présente demande.

### **E. 3**

L'objet du litige porte sur le droit de la demanderesse au versement d'indemnités journalières par la défenderesse en lien avec la maladie de l'employée.

### **E. 4**

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). Le législateur genevois a fait usage de cette possibilité (art. 134 al. 1 let. c LOJ).

### **E. 5**

La procédure simplifiée s'applique aux litiges portant sur des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal (art. 243 al. 2 let. f CPC) et la chambre de céans établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC). La jurisprudence applicable avant

l'introduction du CPC, prévoyant l'application de la maxime inquisitoire sociale aux litiges relevant de l'assurance-maladie complémentaire, reste pleinement valable (ATF 127 III 421 consid. 2). Selon cette maxime, 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 plaire l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a). La maxime inquisitoire sociale ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve (arrêt du Tribunal fédéral 4C.185/2003 du 14 octobre 2003 consid. 2.1). Pour toutes les prétentions fondées sur le droit civil fédéral, l'art. 8 du Code civil suisse, du

#### **E. 10**

La LCA ne comporte pas de dispositions particulières à l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie ou d'accident, de sorte qu'en principe, le droit aux prestations se détermine exclusivement d'après la convention des parties (ATF 133 III 185 consid. 2). Selon le contrat d'assurance collective d'indemnité journalière en cas de maladie liant la demanderesse et la défenderesse du 21 juin 2007, l'assurance assure l'ensemble du personnel de la demanderesse et l'indemnité journalière est de 90% du salaire AVS, avec un délai d'attente de 30 jours avec une couverture en coordination LPP. Selon les conditions contractuelles, dans la variante couverture en coordination avec la LPP, en cas d'incapacité de gain confirmée par un médecin, consécutive à une maladie, la Bâloise verse l'indemnité journalière en cas de maladie convenue pour 730 jours maximum (jusqu'à la prise d'effet des prestations de prévoyance professionnelle, sous déduction du délai d'attente convenu, proportionnellement au degré de l'incapacité de gain [let. D4]). S'agissant du calcul des indemnités journalières, la let. G11 des conditions contractuelles prévoit que pour les salariés est déterminant le salaire annuel perçu avant le début de l'incapacité de gain et servant de base au calcul de la prime, sans les allocations familiales et pour enfants. Y sont ajoutées les composantes du salaire non encore versées et pour lesquelles il existe un droit légal (par ex. 13ème mois). La 365ème partie de ce montant constitue l'indemnité journalière de base. La Bâloise paie le pourcentage convenu de l'indemnité journalière de base. L'art. 61 LCA dispose que lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage; 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). Il a été jugé que l'art. 61 LCA, bien qu'il figure parmi les dispositions spéciales relatives à l'assurance contre les dommages, exprime un principe général du droit des assurances, qui s'applique également à l'assurance des personnes et aux assurances de sommes, notamment à l'assurance d'indemnités journalières (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 p. 531; 128 III 34 consid. 3b p. 36; arrêt du Tribunal fédéral 5C.18/2006 du 18 octobre 2006 consid. 7.1 publié in SJ 2007 I p. 238).

A/4105/2016 - 26/32 - Selon la let. G10 des conditions contractuelles, si une maladie donne probablement droit à des prestations d'assurance, les personnes assurées doivent, notamment, sans délai consulter un médecin et suivre les instructions de celui-ci (par. 1). Si la violation des obligations contractuelles a une influence sur le portefeuille ou le volume de leurs prestations, la Bâloise est en droit de les refuser ou les réduire, à moins que l'assuré prouve que la violation des obligations ne relève pas de sa faute (par. 5).

#### **E. 11**

La défenderesse estime ne pas avoir à verser des indemnités journalières pour la maladie de l'employée, dès lors que celle-ci n'a pas produit de certificat médical attestant de son état de santé en 2015, ni suivi un traitement médical contrairement à ses obligations contractuelles. La demanderesse fait valoir que l'employée était malade dès le 2 janvier 2015 et que c'était non fautivement qu'elle n'avait pas respecté ses obligations, puisqu'elle refusait de voir un médecin précisément en raison de sa maladie. La Dre D\_\_\_\_\_ a indiqué le 6 juin 2016 que l'employée était en incapacité de travail à 100% dès le 1er janvier 2016 pour une durée indéterminée. Elle a précisé à la chambre de céans, le 31 janvier 2018, qu'au vu de son expérience suffisante en matière de psychose et de sa connaissance du cas de l'employée, elle était sûre que celle-ci était incapable de travailler en janvier 2015, et même en 2011. L'appréciation du Dre D\_\_\_\_\_ emporte conviction et n'est pas contredite par un autre avis médical, étant relevé que dans son avis du 15 mai 2017, le SMR s'est contenté de se référer au rapport de la Dre D\_\_\_\_\_ du 6 juin 2016 – attestant d'une incapacité dès janvier de la même année – sans commentaire particulier sur le début de l'incapacité. Il résulte des faits de la cause, et en particulier des déclarations du père de l'employée ainsi que des rapports et déclarations de la Dre D\_\_\_\_\_, que l'employée a bénéficié d'une excellente formation dans la finance et qu'elle a travaillé dans ce domaine pendant plusieurs années. Sa maladie est liée à un traumatisme survenu au E\_\_\_\_\_ et s'est déclarée pour la première fois en 2011 à New-York, avec une décompensation psychotique, suite à laquelle l'employée est revenue à Genève. C'est dans ce contexte que la société, représentée par son père, l'a engagée. Celui-ci n'ignorait pas les problèmes de santé de sa fille. Il a indiqué que celle-ci avait pu travailler pour la société de 2012 à janvier 2015, quand bien même son état se dégradait et qu'elle avait eu une incapacité de travail temporaire peu après le début de son contrat. Elle était devenue introvertie et, en janvier 2015, elle n'est plus revenue au travail. Elle avait alors « perdu la tête ». C'était à ce moment qu'il avait demandé des indemnités journalières. Il avait mis du temps à réaliser la gravité de la maladie de sa fille. Ainsi, même si les capacités de l'employée étaient sans doute déjà affectées par sa maladie depuis 2011, comme l'a relevé la Dre D\_\_\_\_\_, il est suffisamment établi par les déclarations convaincantes de son père qu'elle a effectivement travaillé pour

A/4105/2016 - 27/32 - la demanderesse jusqu'au 2 janvier 2015. Le fait qu'elle travaillait avec son père a sans doute favorisé la prolongation des rapports de travail. La formation et l'expérience professionnelle de l'employée étaient compatibles avec un emploi pour la société, qui lui a versé un salaire en 2012, 2013 et 2014, ce qui confirme la réalité des rapports de travail. Il n'y a dès lors pas lieu de compléter l'instruction de la cause sur ce point et il convient de retenir que l'employée a été incapable de travailler à 100% du 2 janvier 2015 au 31 décembre 2015. Selon les conditions contractuelles, l'employée avait l'obligation de se rendre chez un médecin pour faire attester sa maladie et de se soumettre à un traitement médical, ce qu'elle n'a pas fait. On ne peut toutefois le lui reprocher puisqu'en raison de sa maladie, elle était dans le déni de celle-ci et refusait de voir un médecin,

comme cela ressort en particulier des déclarations de la Dre D\_\_\_\_\_. Dans ces circonstances, le non-respect de ses obligations par l'employée est non fautif et la défenderesse ne pouvait s'en prévaloir pour refuser de verser les indemnités journalières à la demanderesse, en application de l'art. G10 par. 5 des conditions contractuelles. Le 6 juin 2016, la Dre P\_\_\_\_\_ a attesté que l'employée était incapable de travailler dès janvier 2016 pour une durée indéterminée. Le 19 décembre 2016, elle a indiqué que même si elle n'avait pas vu l'employée entre le 6 juin et le 19 décembre 2016, elle considérait, au vu de ses constatations du 19 décembre 2016, que sa capacité de travail était restée nulle à long terme. La défenderesse ne conteste pas cette appréciation médicale, mais fait valoir que l'arrêt de travail du mois de février 2016 n'indiquait pas le degré d'incapacité de travail de l'employée, ce qui devrait être clarifié, et que la demanderesse n'avait pas produit d'arrêt de travail pour le mois d'avril 2016. La Dre D\_\_\_\_\_ a précisé à la chambre de céans le 31 janvier 2018 que l'employée était totalement incapable de travailler en février 2016 et que si elle n'avait pas établi d'arrêt de travail en avril 2016, c'était parce que la patiente n'était pas venue à son rendez-vous. En tant que médecin, elle ne devait certifier que ce qu'elle avait constaté. Elle restait toutefois convaincue que pendant cette période, l'employée était tout à fait incapable de travailler. Il peut donc être retenu sur la base des rapports et déclarations de la Dre D\_\_\_\_\_ que l'employée a été en incapacité totale de travailler du 2 janvier 2015 au 31 décembre 2016, soit pendant 730 jours.

#### **E. 12**

La défenderesse a fait valoir qu'elle n'avait pas à prester, dès lors que le contrat d'assurance était nul, selon l'art. 9 LCA. a. Selon cette disposition, le contrat d'assurance est nul, sous réserve des cas prévus à l'art. 100 al. 2, si au moment où il a été conclu, le risque avait déjà disparu ou si le sinistre était déjà survenu.

A/4105/2016 - 28/32 - b. En l'espèce, lorsque le contrat d'assurance a été conclu entre les parties en 2007, l'employée n'était pas encore engagée par la société, ni malade, de sorte que l'on ne saurait considérer que ce contrat est nul au sens de l'art. 9 LCA.

#### **E. 13**

a. La défenderesse fait encore valoir que l'employée souffrait déjà, lors de la conclusion de son contrat de travail avec la défenderesse, d'un trouble psychique récidivant ayant occasionné une incapacité de gain et qu'elle n'était pas capable de discernement depuis à tout le moins la fin de l'année 2011. Elle ne pouvait ainsi pas se lier et il en résultait que le contrat de travail du 12 janvier 2012 était nul, de même le contrat d'assurance, en application de l'art. 9 LCA. b. À teneur de la let. G2 des conditions contractuelles, le début de la couverture d'assurance pour chaque salarié est fixé le jour où il prend son travail s'il jouit de sa pleine capacité de gain ou lorsqu'il a recouvré sa pleine capacité de gain en cas de capacité de gain réduite. c. Il ressort du dossier que l'employée a commencé à travailler pour la société le

#### **E. 16**

janvier 2012 et qu'elle a été hospitalisée le 18 janvier 2012. Il en résulte qu'elle n'était pas incapable de travailler lorsqu'elle a commencé son travail. Elle était dès lors couverte par l'assurance lorsqu'elle est tombée malade, preuve en est que la défenderesse a versé des indemnités journalières à la société pour sa maladie du

#### **E. 17**

février au 31 mai 2012. Il convient encore de relever que même si elle avait été malade au début du contrat de travail, la couverture d'assurance aurait débuté au moment où elle avait retrouvé sa pleine capacité de gain, soit en juin 2012. Comme retenu précédemment, le contrat de travail liant la demanderesse à l'employée n'était pas fictif, et il n'était donc pas nul. Il en résulte que le contrat d'assurance n'était pas nul non plus en application de l'art. 9 LCA. 14. La défenderesse a encore fait valoir que si l'assurance-invalidité devait verser à l'employée des prestations depuis le 2 janvier 2015, elle ne devrait alors verser, pendant la durée de prétention aux prestations d'indemnités journalières, que la différence entre les prestations de l'assurance-invalidité et l'indemnité journalière. Ce grief doit être écarté, dès lors que l'OAI a retenu, dans son projet d'acceptation de rente, que l'employée était incapable de travailler à 100% dans toute activité dès le mois de janvier 2016 et qu'il lui a octroyé une rente dès le 1er février 2017. La défenderesse ne se trouve ainsi pas dans la position où elle devrait verser la différence entre les prestations de l'assurance-invalidité et l'indemnité journalière, puisque son obligation de verser les indemnités journalières se termine le 31 janvier 2016, soit avant le début des prestations versées par l'OAI à l'employée. 15. La demanderesse requiert la condamnation de la défenderesse à lui verser la somme de CHF 140'400.- correspondant aux indemnités journalières dues en raison de la maladie de l'employée depuis le 2 janvier 2015. Pour établir le montant réclamé, elle a pris en compte le salaire AVS annuel de l'employée à hauteur de CHF 78'000.-, soit un salaire mensuel de CHF 6'500.-, et retenu que les indemnités

A/4105/2016 - 29/32 - devaient être payées pendant 730 jours, selon le calcul suivant : 2 ans (730 jours) x CHF 78'000.- x 90% (couverture salaire) x 100% (incapacité). La défenderesse a fait valoir que les indemnités journalières ne pouvaient être versées que pendant 700 jours au maximum. L'employée percevait un salaire AVS de CHF 6'500.- par mois, soit CHF 216.66 par jour. Le 90% de ce montant correspondait à CHF 195.-, qui, multiplié par 700, équivalait à CHF 136'500.-. C'est à juste titre que la défenderesse allègue que seules 700 indemnités journalières sont dues, dès lors que les conditions contractuelles prévoient qu'elle doit verser l'indemnité journalière en cas de maladie convenue pour 730 jours maximum, sous déduction du délai d'attente convenu [D4], lequel est de 30 jours selon le contrat d'assurance collective, qui prévoit également que l'indemnité journalière est de 90% du salaire AVS. Pour le calcul des indemnités journalières, il convient, en application de la let. G11 des conditions contractuelles, de diviser le dernier salaire annuel perçu avant le début de l'incapacité de gain, soit CHF 78'000.- –montant non contesté – par 365 jours, puis de prendre en compte le 90% du résultat. Selon ce calcul, l'indemnité journalière s'élève à CHF 192.- et le montant total dû à la demanderesse à CHF 134'400.- (CHF 192 x 700 jours). 16. a. La demanderesse a conclu au paiement par la défenderesse d'un intérêt à 5% dès le 1er février 2016, date moyenne. La défenderesse estime pour sa part que les indemnités journalières ne pouvaient pas porter intérêts antérieurement au 3 décembre 2016 pour celles exigibles à cette date. b. Selon l'art. 104 al. 1 CO, le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5 % l'an, même si un taux inférieur avait été fixé pour l'intérêt conventionnel. La LCA ne contient pas de dispositions sur la demeure, laquelle est dès lors régie, en vertu de l'art. 100 al. 1 LCA, par les art. 102 ss CO. Le débiteur d'une obligation est en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO). L'intérêt moratoire est dû à partir du jour suivant celui où le débiteur a reçu l'interpellation (ATF 103 II 102 consid. 1a). Une interpellation est une déclaration, expresse ou par acte concludant, adressée par le créancier au débiteur par laquelle le premier fait comprendre au second qu'il réclame l'exécution de la prestation due (Luc THEVENOZ,

Commentaire romand, Code des obligations I, 2ème éd. 2012, n. 17 ad art. 102). À défaut d'une telle interpellation, l'intérêt moratoire n'est dû, en cas d'ouverture d'une action en justice, que dès le lendemain du jour où la demande en justice a été notifiée au débiteur (arrêt du Tribunal fédéral 5C.177/2005 du 25 février 2006 consid. 6.1). Un débiteur peut valablement être interpellé avant même l'exigibilité de la créance (ATF 103 II 102 consid. 1a ; Rolf, Berner Kommentar, 2000, n. 102 ad art. 102 CO). La demeure ne déploie toutefois ses effets qu'avec l'exigibilité de la créance.

A/4105/2016 - 30/32 - La LCA, qui régit les relations entre les parties, prévoit que la créance résultant du contrat d'assurance est échue quatre semaines après le moment où l'assureur a reçu les renseignements de nature à lui permettre de se convaincre du bien-fondé de la prétention (art. 41 al. 1 LCA). Si le délai est fixé par semaines, la dette est échue le jour qui, dans la dernière semaine, correspond par son nom au jour de la conclusion du contrat. Cette règle est également applicable si le délai court à partir d'une époque autre que celle de la conclusion du contrat (art. 77 al. 1 ch. 2 et 77 al. 2 CO). c. En l'espèce, les conditions contractuelles ne stipulent pas de terme de paiement pour les indemnités journalières. On doit dès lors admettre que la créance est exigible quatre semaines après réception des renseignements nécessaires conformément à l'art. 41 LCA. Plusieurs arrêts de travail datés dès janvier 2016 figurent au dossier, mais on ignore quand ceux-ci ont été transmis à la défenderesse. Ils l'ont en tout cas été avec le certificat médical établi le 6 juin 2016 par la Dre D\_\_\_\_\_ à l'attention de la défenderesse, lequel attestait d'une incapacité de travail de l'employée à 100% dès janvier 2016 pour une durée indéterminée. Il convient d'admettre que cet avis médical attestait d'une incapacité de travail totale de l'employée au moins jusqu'à la fin du mois de juin 2016 et que l'assureur a reçu ce certificat le 8 juin 2016 au plus tard. La créance pour les indemnités journalières relatives à la période du 1er janvier au 30 juin 2016 était ainsi échue quatre semaines plus tard, soit le 6 juillet 2016. La Dre D\_\_\_\_\_ a établi un rapport médical le 19 décembre 2016 attestant d'une incapacité de travail de 100% de l'employée couvrant la période du 1er juillet au 31 décembre 2016. On peut admettre que ce certificat a été reçu par la défenderesse le 21 décembre 2016 au plus tard. La créance pour les indemnités journalières dues de juillet à fin décembre 2016 était ainsi échue quatre semaines plus tard, soit le

## **E. 18**

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 114 let. e CPC).

A/4105/2016 - 32/32 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

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