

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20200406\_f\_ch\_b\_01 vom 6. April 2020**

FINMA Versicherungsrecht, 2020-04-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20200406\\_f\\_ch\\_b\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20200406_f_ch_b_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20200406\_f\_ch\_b\_01 du 6 avril 2020

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20200406\_f\_ch\_b\_01 del 6 aprile 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le litige porte sur une assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale, soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1); il ressortit ainsi à la matière civile (art. 72 al. 1 LTF). La défenderesse et demanderesse reconventionnelle, qui a succombé dans ses conclusions libératoires, respectivement condamnatoires, a agi en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 LTF) à l'encontre d'une décision finale de la Cour de justice du canton de Genève statuant en instance unique au sens de l'art. 7 CPC. Le présent recours est ainsi recevable sur le principe.

### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut être exercé pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), notion qui inclut le droit constitutionnel. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Eu égard, toutefois, au requisit de motivation découlant de l'art. 42 al. 2 LTF, sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), l'autorité de céans n'examine d'ordinaire que les griefs invoqués, sauf en cas d'erreurs juridiques manifestes (ATF 140 III 115 consid. 2 Page 6

p. 116). Une exigence de motivation accrue prévaut pour la violation des droits constitutionnels tels que la prohibition de l'arbitraire (art. 9 Cst.). Selon le principe d'allégation, le recourant doit indiquer quel droit ou principe constitutionnel a été violé, en expliquant de façon circonstanciée en quoi consiste la violation (art. 106 al. 2 LTF; ATF 134 II 244 consid. 2.2; 133 II 396 consid. 3.2).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte – ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 137 II 353 consid. 5.1) – ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). Conformément au principe d'allégation évoqué ci-dessus, le recourant qui entend contester les faits retenus par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18 et les références). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables. S'il veut obtenir un complètement de l'état de fait, le recourant doit désigner précisément les allégués et offres de preuves censés autoriser cette opération, en se référant aux pièces du dossier (ATF 140 III 86 consid. 2 p. 90).

### **E. 3**

février 2016 au 9 janvier 2017, sur laquelle portait la demande reconventionnelle de la recourante. En bonne logique, il sera d'abord question de cette thématique-ci.

#### **E. 4**

janvier 2016 causée par des lombosciatalgies suraiguës avec blocage lombaire et incapacité de bouger. Mandaté par la société d'assurance, le Dr N. \_\_\_\_\_ a posé le même diagnostic que le Dr M. \_\_\_\_\_ et évoqué – dans son rapport du 26 juillet 2016 – que l'incapacité de travail en tant que couvreur était parfaitement justifiée au vu des lésions de la colonne lombaire. L'assuré affirmait pouvoir et vouloir continuer à travailler à 50 % jusqu'à sa retraite, mais le Dr N. \_\_\_\_\_ avait pour sa part des doutes quant à sa capacité à Page 12

poursuivre cette activité totalement inadaptée aux limitations fonctionnelles (exclusion du soulèvement de charges de plus de 15 kg et du port de charges de plus de 20 kg ainsi que des travaux effectués penché en avant ou en porte-à-faux). Une reprise du travail à 100 % en tant que couvreur n'était pas envisageable. Le pronostic n'était pas favorable. Or, ceci n'a rien d'une nouveauté, mais s'inscrit dans la droite ligne des rapports que le Dr M. \_\_\_\_\_ avait délivrés en 2010 et en 2013, sans qu'on dispose du moindre élément permettant d'expliquer la rémission qui serait providentiellement survenue en 2014 et 2015. Celle-ci défie le bon sens. La cour cantonale s'est laissée convaincre du contraire, en faisant notamment valoir que le taux d'incapacité [sic!] de travail de 47 % fixé par le Dr M. \_\_\_\_\_ intégrait des atteintes étrangères aux lombosciatalgies. Or, comme le démontre la recourante, il s'agit-là d'une synthèse arbitraire du rapport du 3 avril 2013. Dans celui-ci, le médecin a clairement estimé à 47 % la capacité de travail actuelle de l'assuré, en précisant que les autres atteintes à la santé évoquées n'avaient pas d'impact sur cette capacité. Ce taux avait probablement déjà été atteint en juin 2011; il y avait eu entre 2010 et 2013 des épisodes transitoires d'incapacité complète liées à des problèmes additionnels (pancréatite, neurolyse du nerf médian, chirurgie des hernies inguinales) qui s'étaient ensuite réglés. L'autorité précédente a aussi accordé de l'importance au fait que la Dresse L. \_\_\_\_\_, dans un courrier du 2 octobre 2017, avait "confirm[é] l'absence d'incapacité de travail certifiée par elle" à compter du 31 décembre 2013, et au fait que l'assuré n'avait pas déclaré d'incapacité de travail à la recourante depuis le 5 janvier 2015; or, dans le contexte précité, une telle démarche aurait été dépourvue de sens. Finalement, elle a considéré que "les documents comptables du demandeur concour[ai]ent également à démontrer qu'il a[va]it exercé une activité lucrative à temps complet avant le 4 janvier 2016, au vu des chiffres d'affaires réalisés". L'on ignore si la cour cantonale a procédé à une comparaison des chiffres d'affaires de différentes années – le cas échéant lesquelles, et si elle a tenu compte des frais de sous-traitance grevant de manière plus ou moins importante certains exercices comptables – ou si elle se réfère implicitement à des salaires statistiques. Une comparaison paraît hautement hasardeuse puisque, selon l'intimé lui-même, il existe de nombreux facteurs pouvant motiver des variations de revenus comme la conjoncture économique, le nombre de contrats que l'entreprise parvient à conclure, ou encore les conditions météorologiques. Cela étant, même si l'on opte pour une méthode comparative, l'on ne pourrait parvenir à la conclusion des juges genevois: Page 13

l'intimé a réalisé le même revenu soumis à cotisations en 2015 et en 2016, soit 40'000 fr. Or, il était censé être pleinement capable de travailler d'après ses déclarations en 2015, alors qu'en 2016, il s'est trouvé en incapacité de travail totale durant une grande partie de l'année (du 4 janvier au 13 mars, puis du 31 juillet au 31 décembre 2016) et partielle le reste de l'année (du 14 mars au 30 juillet 2016). Ceci tend dès lors à démontrer que l'intimé se

trouvait bien plutôt en incapacité de travail à tout le moins partielle en 2015. Partant, le grief d'arbitraire dans la constatation des faits s'avère bien fondé. L'assuré ne disposait pas d'une capacité de travail complète en 2015.

#### **E. 4.1**

Pour fonder sa demande reconventionnelle, la société d'assurance a fait valoir qu'il s'agissait-là d'un cas d'assurance antérieur, non couvert par la police du 10 septembre 2015. En effet, la maladie à l'origine de l'incapacité de travail du 4 janvier 2016 était identique à celle ayant justifié le versement d'indemnités journalières jusqu'à concurrence de la couverture maximale de 730 jours. L'autorité précédente l'a déboutée pour deux raisons distinctes: – Premièrement, l'assuré n'avait pas été en incapacité de travail dans les 365 jours précédant le 4 janvier 2016, de sorte qu'il ne s'agissait pas d'une "rechute" au sens de l'art. E4 al. 1 CGA. Aucun constat médical n'accréditait la thèse contraire défendue par la société d'assurance. Les documents comptables de l'assuré concouraient à démontrer qu'il avait exercé une activité lucrative à temps complet durant cette période; – Deuxièmement, à supposer même qu'il en ait été autrement, cette incapacité de travail n'avait pas donné lieu au versement de prestations par un assureur – qu'il s'agisse de la société d'assurance ou de l'OAI – durant la période de référence, ce qui était érigé en condition aux art. E4 et E1 CGA pour parler de rechute. Partant, il s'agissait bien d'un nouveau cas d'assurance justifiant les indemnités journalières que la société d'assurance avait versées du 3 février 2016 au 9 janvier 2017 (à hauteur de 37'258 fr. 60).

#### **E. 4.2**

Confrontée à des motivations alternatives, la recourante s'en prend à juste titre à chacune d'entre elles. A défaut, l'entrée en matière n'eût pas été possible (cf. par ex. ATF 142 III 364 consid. 2.4 p. 368). Page 8

#### **E. 4.3**

La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir interprété l'art. E4 CGA de manière arbitraire. Selon elle, il ne s'agirait pas tant de savoir si elle a versé des indemnités durant l'année précédant le

#### **E. 4.4**

Il convient dès lors de déterminer si la cour cantonale a versé dans l'arbitraire en constatant que l'intimé disposait de sa pleine capacité de travail durant la période de 365 jours qui a précédé le

##### **E. 4.4.1**

On rappellera au préalable qu'en matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 136 III 552 consid. 4.2; 134 V 53 consid. 4.3; 129 I 8 consid. 2.1).

##### **E. 4.4.2**

La recourante fait grief à la cour cantonale d'avoir retenu contre toute évidence que l'assuré n'avait pas souffert d'une incapacité de travail pour cause de lombalgies en 2015. Elle le déduit d'une pléthore d'éléments que l'on subdivisera en quatre: les appréciations médicales

relatives à l'état de santé de l'assuré, les déductions à tirer des livres de comptes de celui-ci, le nombre et la durée des périodes d'incapacité de travail qu'il a subies jusqu'en 2010 et les déterminations de l'assuré sur les allégués qu'elle avait formulés en procédure. La recourante cite des extraits de plusieurs rapports médicaux pour en déduire qu'il était impossible que l'assuré ait été capable de travailler à plein temps cette année-là. Sa démonstration est parfaitement convaincante. Page 10

L'assuré souffre de lombosciatalgies gauches dans un contexte de discopathies L4-L5 et L5-S1, avec un probable syndrome facettaire gauche L4-L5 et L5-S1. Ce constat retenu par l'autorité précédente se fonde en particulier sur le rapport du 4 août 2010 réalisé par le Dr M. \_\_\_\_\_ à l'attention de l'OAI, lequel corrobore les explications données par le médecin traitant de l'assuré (Dresse L. \_\_\_\_\_). Dans un rapport antérieur du 16 mai 2008, le même Dr M. \_\_\_\_\_, alors mandaté par la société d'assurance, évoquait dans l'anamnèse une incapacité de travail de deux semaines par an en moyenne les dernières années; il jugeait le risque de récurrence évident, pronostiquant des périodes d'incapacité de quelques semaines par an, à un taux de 50 % voire 100 %. Tant le Dr M. \_\_\_\_\_ que le Dr N. \_\_\_\_\_ qualifient ces lombosciatalgies de chroniques. Depuis 2007 à tout le moins, elles ont été à l'origine de périodes d'incapacité de travail importantes, dont la durée a été constatée de manière lacunaire par la cour cantonale, ce qui justifie – en raison du grief dûment soulevé par la recourante – un complètement de l'état de fait qui a déjà été intégré dans le résumé présenté ci-dessus (let. A.c). La recourante a versé 700 indemnités journalières liées à ce cas de maladie jusqu'en février 2010 – ce que l'autorité précédente a également omis de préciser. L'assuré a ainsi touché des indemnités jusqu'à épuisement du droit (730 jours – 30 jours d'attente, régime ressortant de la dernière police, dont il n'apparaît pas qu'il ait modifié les régimes antérieurs). Quant aux incapacités de travail qui ont été indemnisées par la recourante les années suivantes – 2011, 2012 et 2013 (let. A.d supra) –, elles étaient liées à des problèmes de santé additionnels qui se sont ensuite réglés, selon le rapport du Dr M. \_\_\_\_\_ établi le 3 avril 2013 à l'attention de l'OAI. Ce médecin y évoque clairement une opération du canal carpien au poignet droit à la fin de l'année 2011 et de hernies inguinales invalidantes dès novembre 2012, pour lesquelles l'assuré a été opéré en février 2013. Ces derniers renseignements concernant d'autres problèmes de santé ayant entraîné des périodes transitoires d'incapacité de travail complète sont de nature à expliquer que la société d'assurance ait continué à fournir des prestations alors que la protection maximale avait été atteinte pour les lombalgies. Ceci ne signifie pas pour autant que les lombosciatalgies avaient disparu dans l'intervalle, bien au contraire. Dans le rapport précité, le Dr M. \_\_\_\_\_ indique que depuis l'été 2010, l'assuré avait continué à souffrir de lombalgies intermittentes exacerbées par les efforts. Après une pancréatite aiguë, il avait repris son travail fin 2010 à raison de cinq heures par jour, mais n'avait pu travailler davantage parce que Page 11

ses lombalgies devenaient alors plus sévères. Il relevait également que l'aggravation de l'imagerie et de l'anamnèse était compatible avec des phénomènes de type claudication neurogène intermittente. L'atteinte de la colonne lombaire avait des répercussions sur la capacité de travail: l'assuré était limité dans les activités nécessitant le port de charges de plus de 10 kg et les positions debout et en porte-à-faux de la colonne plusieurs heures par jour. Il devait pouvoir changer régulièrement de position. Or, dans le cadre de son activité, il devait porter des charges lourdes sur les toits, rester plusieurs heures en position debout et être attentif à ne pas effectuer de faux mouvements. Sa capacité de travail, de 70 % (6

heures par jour) dans son emploi habituel en juillet 2010, avait diminué pour atteindre le taux de 47 % (4 heures par jour), probablement en juin 2011 déjà. Les traitements ne pouvaient augmenter la capacité de travail mais pouvaient peut-être réduire les risques d'une péjoration de la situation. Le pronostic était médiocre. Il était très probable qu'il y ait une stabilité des plaintes, ou éventuellement une dégradation progressive de la situation au cours des années suivantes. Dans ces conditions, il apparaît totalement invraisemblable que la situation ait changé du tout au tout – et que l'état de santé de l'assuré se soit soudainement amélioré au point qu'il n'ait plus subi aucune incapacité de travail en 2014 et en 2015 (année de référence). Certes, l'assuré n'en a pas avisé la société d'assurance, mais il n'avait logiquement aucun motif de le faire, puisqu'il ne pouvait plus bénéficier d'aucune indemnité journalière à raison de cette maladie – sauf à attendre l'écoulement du "délai de guérison" d'une année sans interruption. Dans cette même logique, il n'avait aucune raison de demander à son médecin traitant un certificat d'arrêt de travail. Enfin, l'assuré est un couvreur indépendant, de sorte que son incapacité de travail n'a pas à être annoncée et gérée par un supérieur hiérarchique. Cette conclusion est d'autant plus évidente que, sitôt le nouveau contrat d'assurance entré en vigueur, le 1er janvier 2016, l'assuré a annoncé une incapacité de travail ayant – prétendument – débuté le

#### **E. 4.4.3**

En bref, sur le vu des considérants qui précèdent, le cas d'assurance annoncé le 4 janvier 2016 s'apparentait bel et bien à une rechute au sens de l'art. E4 al. 1 CGA, laquelle n'était pas couverte par la police d'assurance du 10 septembre 2015. Point n'est besoin, dès lors, d'examiner les autres griefs du recours. La société d'assurance demande la répétition des indemnités journalières versées à ce titre depuis le 3 février 2016 (à l'issue du délai d'attente de trente jours à décompter dès le 4 janvier 2016). L'assuré n'a pas soulevé l'exception de prescription, à laquelle le juge ne supplée pas d'office (art. 142 CO, par renvoi de l'art. 100 al. 1 LCA; sur l'application de l'art. 67 CO, cf. ATF 135 III 289 consid. 6.2 p. 294; 42 II 674 consid. 2a; cf. aussi arrêt 4A\_197/2018 du 13 décembre 2018 consid. 3). Par ailleurs, sa réponse au recours ne contient aucun grief reprochant à la société d'assurance de vouloir répéter des prestations sans établir qu'elle aurait été victime d'une erreur; cela suffit à exclure toute discussion (consid. 2.1 supra). Aussi se bornera-t-on à rappeler que le droit à la répétition, en tant qu'il se fonde sur l'art. 63 al. 1 CO, suppose un paiement volontaire sous l'emprise d'une "erreur" dont il n'est pas nécessaire qu'elle soit excusable, cette exigence ne devant pas être interprétée de façon trop stricte (ATF 129 III 646 consid. 3.2; arrêts 4A\_451/2017 du 22 février 2018 consid. 5.3; 4D\_13/2015 du 3 juin 2015 consid. 4.1; 4C\_338/2006 du 27 novembre 2006 consid. 3.1; 4C.212/2002 du 19 novembre 2002 consid. 4.3). Au vu de ce qui précède, il coule de source que la recourante a interrompu à bon droit ses prestations le 9 janvier 2017. Page 14

Partant, la Cour de justice a violé le droit fédéral en admettant la demande de l'intimé et en rejetant la demande reconventionnelle de la recourante. Le recours tendant à ce que l'intimé soit débouté de sa conclusion en paiement et soit condamné à verser la somme de 37'258 fr. 60, représentant les indemnités versées à tort par la recourante, doit être admis. L'intimé ne conteste pas ce montant en lui-même – pas plus, d'ailleurs que le dies a quo des intérêts, soit le 1er juillet 2016.

#### **E. 5**

Vu le sort de la cause, l'intimé supportera les frais judiciaires et versera à la recourante une indemnité pour ses frais d'avocat (art. 66 al. 1 et art. 68 al. 1 et 2 LTF). Page 15

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