

# **GE\_GERICHTE ATAS/334/2019 vom 12. April 2019**

GE Cour de justice, 2019-04-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_334\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_334_2019)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/334/2019 du 12 avril 2019

IT: GE\_GERICHTE ATAS/334/2019 del 12 aprile 2019

## **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 loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10) et relevant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA - RS 221.229.1).

### **E. 2**

La police d'assurance est soumise à la LCA, conformément à l'art. A1 des conditions générales d'assurance / Assurance de personnes Professional (CGA) de la défenderesse. L'art. J1 al. 2 des CGA prévoit un for au domicile du preneur d'assurance notamment. Le demandeur ayant son domicile à Genève, la Cour de céans est compétente, tant à raison de la matière que du lieu, pour connaître de la demande.

### **E. 3**

La loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 (LSA - RS 961.01) ne contient pas de règles spécifiques concernant les délais relatifs aux contestations de droit privé opposant entreprises d'assurance et assurés. En vertu de l'art. 197 CPC, la procédure de fond est précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation. L'art. 198 CPC prévoit des exceptions à la tentative obligatoire de conciliation, notamment pour les instances cantonales uniques prévues par l'art. 5 CPC et les tribunaux spéciaux statuant en instance unique sur les litiges commerciaux que les cantons peuvent instituer en application de l'art. 6 CPC (art. 198 let. f CPC). Les instances cantonales uniques que les cantons peuvent instituer pour les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, conformément à l'art. 7 CPC, ne sont pas prévues en tant qu'exceptions à l'art. 198 CPC. Selon le Tribunal fédéral, c'est par inadvertance manifeste que le législateur n'a pas mentionné à l'art. 198 let. f CPC les tribunaux statuant en tant qu'instance cantonale unique sur les litiges portant sur les assurances-maladie complémentaires conformément à l'art. 7 CPC. Partant, la procédure de conciliation n'a pas lieu dans les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale lorsque les cantons ont prévu une instance cantonale unique selon l'art. 7 CPC (ATF 138 III 558 consid. 4.5 et 4.6). Or, le législateur genevois a fait usage de cette possibilité (art. 134 al. 1 let. c LOJ).

A/4159/2017 - 16/26 - Par conséquent, la demande, déposée en la forme prévue à l'art. 244 CPC, est recevable.

#### **E. 4**

Le litige porte d'une part sur le droit du demandeur à la poursuite du versement des indemnités journalières au-delà du 9 janvier 2017, d'autre part sur le droit de la défenderesse à la restitution des indemnités journalières versées du 4 janvier 2016 au 9 janvier 2017, soit CHF 37'258.60. On notera que la défenderesse ne s'est pas opposée au principe de l'amplification des conclusions du demandeur, dont les prétentions nouvelles sont par ailleurs en lien de connexité avec ses conclusions initiales. Ainsi, les conditions d'une modification de la demande conformément à l'art. 227 al. 1 CPC sont réalisées et les conclusions du demandeur telles qu'augmentées au cours de procédure sont recevables.

#### **E. 5**

En matière d'assurances complémentaires, les parties sont liées par l'accord qu'elles ont conclu dans les limites de la loi, les caisses-maladie pouvant en principe édicter librement les dispositions statutaires ou réglementaires dans les branches d'assurances complémentaires qui relèvent de la liberté contractuelle des parties hormis quelques dispositions impératives en matière d'indemnités journalières (ATF 124 V 201 consid. 3d). Le droit aux prestations d'assurances se détermine sur la base des dispositions contractuelles liant l'assuré et l'assureur, en particulier des conditions générales ou spéciales d'assurance (arrêt du Tribunal fédéral 5C.253/2000 du 6 mars 2001 consid. 4a).

#### **E. 6**

Les principes généraux de l'interprétation des contrats s'appliquent au contrat d'assurance. En effet, l'art. 100 LCA renvoie au droit des obligations, et partant, au code des obligations (CO - RS 220). Lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu d'un contrat d'assurance et des conditions générales qui en font partie intégrante, le juge doit donc, comme pour tout autre contrat, recourir en premier lieu à l'interprétation dite subjective, c'est-à-dire rechercher la « réelle et commune intention des parties », le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (art. 18 al. 1 CO) (arrêt du Tribunal fédéral 5C.208/2006 du 8 janvier 2007 consid. 2.1). S'il ne parvient pas à établir avec certitude cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des contractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (application du principe de la confiance; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2). Ce faisant, le juge doit partir de la lettre du contrat et tenir compte des circonstances qui ont entouré sa conclusion (arrêt du Tribunal fédéral 5C.134/2002 du 17 septembre 2002 consid. 3.1). On s'en tiendra à l'usage général et quotidien de la langue, sous réserve des acceptions techniques propres au risque envisagé (ATF 118 II 342 consid. 1a). En outre, il est exclu d'interpréter de manière isolée les divers éléments du contrat; chaque clause contractuelle doit être interprétée à partir du contrat dans son ensemble. Partant,

A/4159/2017 - 17/26 - lorsque les parties, dans le contrat d'assurance ou dans les conditions générales d'assurance qui en font partie intégrante, ont convenu de la définition à donner à un terme, c'est cette définition conventionnelle qui fait foi (arrêt du Tribunal fédéral non publié 5C.44/2004 du 21 mai 2004 consid. 2.1). Lorsqu'un assureur, au moment de conclure, présente des conditions générales, il manifeste la volonté de s'engager selon les termes de ces conditions; lorsqu'une volonté réelle concordante n'a pas été constatée, il faut se demander comment le destinataire de cette manifestation de volonté pouvait la comprendre de bonne foi (ATF 135 III 410 consid. 3.2). La jurisprudence a nuancé le

principe selon lequel il y aurait lieu de recourir à des règles d'interprétation uniquement si les termes de l'accord passé entre parties laissent planer un doute ou sont peu clairs. On ne peut ériger en principe qu'en présence d'un « texte clair », on doit exclure d'emblée le recours à d'autres moyens d'interprétation. Il ressort de l'art. 18 al. 1 CO que le sens d'un texte, même clair, n'est pas forcément déterminant et que l'interprétation purement littérale est au contraire prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 127 III 444 consid. 1b). Finalement, et de façon subsidiaire, lorsqu'il subsiste un doute sur leur sens, les dispositions exclusivement rédigées par l'assureur, ainsi les conditions générales pré-formulées, sont à interpréter en défaveur de leur auteur, conformément à la règle des clauses ambiguës (« in dubio contra stipulatorem »; « Unklarheitsregel ») (ATF 122 III 118 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 5C.208/2006 du 8 janvier 2007 consid. 3.1). Selon la jurisprudence et la doctrine, pour que cette règle trouve à s'appliquer, il ne suffit pas que les parties soient en litige sur la signification à donner à une déclaration; encore faut-il que celle-ci puisse être comprise de différentes façons (« zweideutig ») et qu'il soit impossible de lever autrement le doute créé, faute d'autres moyens d'interprétation (ATF 118 II 342 consid. 1a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 56/03 du 2 décembre 2003 consid. 3.6). Il ne s'agit pas, au demeurant, de s'en tenir d'emblée à la solution la plus favorable à l'assuré (ATF 126 V 499 consid. 3b).

## E. 7

L'art. A4 al. 2 CGA définit la maladie comme 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 et provoque une incapacité de travail. Les troubles de la santé dus à une grossesse ou à un accouchement sont assimilés à une maladie. Selon l'art. A4 al. 3 CGA, est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'un accident ou d'une maladie. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité.

A/4159/2017 - 18/26 - Selon l'art. A4 al. 4 CGA, est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré, si cette diminution résulte d'un accident ou d'une maladie et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles. Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de l'existence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable. L'art. E1 CGA prévoit que la défenderesse sert les prestations mentionnées dans la police pour les conséquences économiques de l'incapacité de travail due à une maladie (al. 1). Ne sont notamment pas assurées les maladies déjà déclarées lors de l'entrée dans l'entreprise ou au début de l'assurance aussi longtemps qu'elles entraînent une incapacité de travail, à moins que la défenderesse ne doive accorder le maintien de la couverture d'assurance en raison d'une convention de libre passage entre les assureurs (al. 2). Les rechutes sont définies à l'art. E4 al. 1 CGA, qui dispose que les maladies liées à des cas d'assurance antérieurs pour lesquels la défenderesse ou d'autres assureurs ont versé des prestations sont considérées comme des rechutes. Elles ne sont réputées nouvelles maladies que lorsque la personne assurée a retrouvé sa pleine capacité de travail pendant une durée

ininterrompue de 365 jours au minimum avant la survenance de la nouvelle incapacité de travail (al. 1). En vertu de l'art. E6 CGA, régissant l'indemnité journalière pour le chef d'entreprise et les membres de sa famille qui collaborent à l'entreprise, lorsque, sur constatation du médecin, l'assuré est dans l'incapacité de travailler, la défenderesse paie l'indemnité journalière à l'échéance du délai d'attente convenu et, tout au plus pendant la durée des prestations indiquée dans la police (al. 1). Lorsque l'assuré est totalement dans l'incapacité de travailler, la défenderesse paie l'indemnité journalière mentionnée dans la police. En cas d'incapacité de travail partielle, l'indemnité est fixée proportionnellement au degré de cette incapacité; toutefois, si l'incapacité de travail est inférieure à 25 %, elle ne donne pas droit au versement d'une indemnité. Les jours d'incapacité de travail partielle de 25 % minimum comptent pleinement pour le calcul du délai d'attente et de la durée des prestations. (al. 2). Le salaire annuel assuré est divisé par 365 (al. 3). A l'échéance de la couverture d'assurance, la défenderesse continue à verser l'indemnité journalière pour les rechutes et les maladies en cours qui sont survenues pendant la durée de l'assurance, et ce, jusqu'à l'expiration de la durée des prestations convenue, mais, tout au plus, jusqu'au début du versement d'une rente relevant de la LPP ou d'institutions d'assurance étrangères correspondantes (al. 8). Conformément à l'art. H2 al. 5 CGA, la défenderesse a le droit, à des fins de clarification du sinistre, d'exiger des pièces justificatives supplémentaires et d'autres renseignements (par exemple certificats, décomptes de salaire, descriptifs de poste de travail, etc.) et de consulter les dossiers officiels (par exemple extraits de décomptes AVS). Sur demande de la défenderesse, le preneur d'assurance et

A/4159/2017 - 19/26 - l'assuré doivent autoriser d'autres assureurs et organismes, qui s'occupent du même sinistre et/ou sont en mesure de fournir des renseignements pour le traitement du cas, à lui communiquer des informations.

## **E. 8**

Le principe de la libre appréciation des preuves est ancré à l'art. 157 CPC, qui dispose que le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées. Malgré ce qui précède, l'art. 168 al. 1 CPC énumère les moyens de preuve admissibles : il s'agit du témoignage, des titres, de l'inspection, de l'expertise, des renseignements écrits, de l'interrogatoire et de la déposition de partie. Cette énumération est exhaustive, le droit de la procédure civile institue ainsi un *numerus clausus* des moyens de preuve. Cela semble à première vue contredire les principes fondamentaux que sont le droit à la preuve et sa libre appréciation, mais la sécurité et l'équité requièrent que la loi détermine clairement quand et par quel moyen la preuve peut être rapportée (Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, FF 2006 I p. 6929). L'expertise en tant que moyen de preuve admis au sens de l'art. 168 al. 1 let. d CPC ne vise que l'expertise judiciaire au sens de l'art 183 al. 1 CPC. Une expertise privée n'est en revanche pas un moyen de preuve mais une simple allégation de partie (ATF 141 III 433 consid. 2.5.2 et 2.5.3). Lorsqu'une allégation de partie est contestée de manière circonstanciée par la partie adverse, une expertise privée ne suffit pas à prouver une telle allégation. En tant qu'allégation de partie, une expertise privée peut, combinée à des indices dont l'existence est démontrée par des moyens de preuve, amener une preuve. Toutefois, si elle n'est pas corroborée par des indices, elle ne peut être considérée comme prouvée en tant qu'allégation contestée (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_626/2015 du 24 mai 2016 consid. 2.5). Le juge civil peut ordonner l'apport d'une expertise mise en œuvre dans le cadre d'une autre procédure. La valeur probante de telles expertises n'est pas remise en question du fait que le droit d'être entendu

des parties au procès doit être garanti, lequel comprend outre une détermination sur le contenu de l'expertise (art. 187 al. 4 CPC) également la possibilité de s'exprimer sur la personne de l'expert (art. 183 al. 2 CPC) et de poser des questions complémentaires (art. 185 al. 2 CPC). Des expertises diligentées par des tiers sont ainsi tout aussi probantes que celles ordonnées par le juge civil, étant rappelé que leur force probante se détermine selon le principe de la libre appréciation des preuves et qu'une nouvelle expertise portant sur les mêmes questions ne doit être mise en œuvre lorsque l'expertise diligentée par un tiers ne résiste pas à la critique (ATF 140 III 24 consid. 3.3.1.3).

#### **E. 9**

En préambule, la Cour de céans précise que l'expertise du Dr E\_\_\_\_\_, dont se prévaut la défenderesse à l'appui de ses conclusions, relève d'une allégation de partie. Toutefois, le demandeur n'en conteste pas les conclusions en tant qu'elles portent sur son incapacité de travail durable à exercer sa profession de couvreur. Cette incapacité doit dès lors être considérée comme établie. Elle est du reste confirmée par les certificats établis par la Dresse C\_\_\_\_\_ portant sur la période du

A/4159/2017 - 20/26 - 1er janvier 2017 au 28 février 2018, dont la défenderesse ne conteste pas non plus l'exactitude.

#### **E. 10**

En l'espèce, il convient en premier lieu de trancher le point de savoir si l'incapacité de travail du demandeur depuis le 4 janvier 2016 relève d'une rechute, ce qui pourrait fonder un droit de la défenderesse à la restitution des prestations versées depuis lors. La défenderesse, se référant notamment aux rapports médicaux du Dr D\_\_\_\_\_, soutient que les lombosciatalgies entravaient la capacité de travail du demandeur déjà avant le 4 janvier 2016. On rappellera à titre préliminaire que la première de ces expertises a été réalisée à la demande de la défenderesse, si bien qu'elle ne revêt que le caractère d'une allégation de partie, dans la mesure où elle est expressément contestée par le demandeur. La valeur probante de la seconde, établie sur mandat de l'OAI, s'apprécie librement. Le rhumatologue a certes fixé l'incapacité de travail du demandeur à un taux de 47% dans son rapport du 26 mars 2013. Or, le Dr D\_\_\_\_\_ a tenu compte, dans cette évaluation, d'atteintes étrangères aux lombosciatalgies qui sont à l'origine de l'incapacité actuelle de travail du demandeur. Pour ce motif déjà, on ne saurait suivre la défenderesse. De plus, l'évaluation médico-théorique du Dr D\_\_\_\_\_ pour le futur ne suffit pas à retenir que les lombosciatalgies entraînaient une incapacité de travail dans l'année qui précède le cas d'assurance annoncé à la défenderesse en janvier 2016. Sur ce point, il faut rappeler que l'estimation médicale théorique de l'incapacité de travail n'est pas seule déterminante (ATF 111 V 235 consid. 1b) et que la notion d'incapacité de travail ne relève pas exclusivement de l'appréciation du médecin, puisqu'il n'existe pas de corrélation entre diagnostic et incapacité de travail et que l'analyse médicale des répercussions d'une affection implique nécessairement une grande variabilité et un certain pouvoir d'appréciation (cf. ATF 140 V 193 consid. 3.1). Or, il apparaît en l'espèce que le demandeur a repris son activité à plein temps après l'expertise du Dr D\_\_\_\_\_. En effet, comme le demandeur le relève à juste titre, il n'a déclaré aucune incapacité de travail à la défenderesse depuis le 5 janvier 2015. Cette dernière affirme que cela ne suffit pas à exclure une telle incapacité, et conteste également la portée du courrier de la Dresse C\_\_\_\_\_ du 2 octobre 2017 confirmant l'absence d'incapacité de travail certifiée par elle dès cette date. La défenderesse ne peut

toutefois être suivie sur ce point. D'une part, comme cela ressort a contrario de l'art. E6 CGA, la reconnaissance d'une incapacité de travail suppose nécessairement un constat médical. Ainsi, on ne saurait admettre d'incapacité de travail sans certificat médical correspondant, étant rappelé que l'appréciation pour le futur du Dr D\_\_\_\_\_ ne constitue pas un constat probant en l'espèce. D'autre part, en tant que l'argumentation de la défenderesse peut être

A/4159/2017 - 21/26 - comprise en ce sens que d'autres médecins auraient pu établir un arrêt de travail durant cette période, elle reviendrait à exiger du demandeur la preuve d'un fait négatif, puisqu'elle implique qu'il démontre qu'aucun certificat médical n'a été établi. Or, un fait négatif ne peut être établi par une preuve directe et fait l'objet d'un allègement de la charge de la preuve. Il peut en outre être inféré de faits positifs (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_988/2014 du 1er septembre 2015 consid. 3.2). En l'espèce, eu égard à ces principes, on peut considérer comme démontré au degré de la vraisemblance prépondérante que le demandeur n'a pas connu d'incapacité de travail durant la période en cause. En effet, il n'existe pas de raison de mettre en doute les déclarations de la Dresse C\_\_\_\_\_ et aucun indice ne suggère que le demandeur aurait consulté d'autres médecins. On voit d'ailleurs mal pour quel motif il aurait sollicité des arrêts de travail s'il n'entendait pas faire valoir son droit à une indemnisation par la défenderesse. En effet, dès lors qu'il est indépendant, il n'a pas à justifier d'éventuelles absences auprès de son employeur et n'a ainsi pas besoin de se faire délivrer des certificats d'arrêt de travail. Par ailleurs, contrairement aux allégations de la défenderesse, les documents comptables du demandeur concourent également à démontrer qu'il a exercé une activité lucrative à temps complet avant le 4 janvier 2016, au vu des chiffres d'affaires réalisés. Par surabondance, même s'il fallait admettre - en dépit de ce qui précède - que le demandeur a été en incapacité de travail dans l'année précédant le 4 janvier 2016, cela n'aurait pas les conséquences que la défenderesse veut y attacher. En effet, les CGA définissent à leur art. E4 les rechutes comme les maladies liées à des cas antérieurs ayant donné lieu au versement de prestations par des assureurs. Or, la défenderesse n'a pas alloué de prestations au demandeur durant les 365 jours avant l'incapacité de travail survenue le 4 janvier 2016. L'OAI n'a pas non plus reconnu le droit du demandeur à des prestations durant cette période. Partant, même dans l'hypothèse d'une capacité de travail déjà limitée avant le 4 janvier 2016, le cas d'assurance dès cette date ne relèverait pas d'une chute au sens des CGA. Cette solution se confirme également à la lecture de l'art. E1 CGA. En effet, dès lors que cette disposition précise que les prestations sont versées pour pallier les conséquences économiques de l'incapacité de travail, il n'y a par définition pas de cas d'assurance lorsque l'assuré poursuit son activité lucrative nonobstant les prescriptions médicales, et ne subit ainsi pas de perte patrimoniale effective (cf. sur la notion de cas d'assurance en matière d'indemnités journalières pour maladie ATF 141 III 241 consid. 3.1). Par conséquent, c'est à juste titre que la défenderesse a versé des indemnités journalières au demandeur dès le 4 janvier 2016 et elle ne peut en exiger la restitution. La demande reconventionnelle en ce sens est donc rejetée.

## **E. 11**

Reste à déterminer si la défenderesse était fondée à mettre un terme au versement des prestations au 9 janvier 2017.

A/4159/2017 - 22/26 - a) 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). L'art. 61 LCA 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, et qui entraîne l'obligation de l'assuré de diminuer le dommage par un changement de profession lorsqu'un tel changement peut raisonnablement être exigé de lui, pour autant que l'assureur l'ait averti à ce propos et lui ait donné un délai adéquat (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1). Un délai de trois à cinq mois doit en règle générale être considéré comme adéquat (RAMA 2000 n° KV 112 p. 122 consid. 3a). Le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 21 al. 4 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA - RS 830.1), qui prévoit la réduction ou la suspension de prestations lorsque l'assuré ne se soumet pas aux traitements ou aux mesures de réinsertion professionnelle raisonnablement exigibles et susceptibles d'améliorer notablement sa capacité de travail, moyennant mise en demeure assortie d'un délai de réflexion, est applicable par analogie aux assureurs privés, la démarche prévue par la LPGA étant une concrétisation des règles de la bonne foi (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_111/2010 du 12 juillet 2010 consid. 3.1). La doctrine relève toutefois qu'on ne peut en déduire que la portée de l'obligation de diminuer le dommage doit être analysée selon les principes développés en assurances sociales. En effet, les assurances privées et les assurances sociales reposent sur des fondements différents, notamment en ce qui concerne la répartition des risques. Les intérêts à pondérer sont différents. En particulier, les fictions largement répandues dans le droit des assurances sociales - comme celle d'un marché équilibré du travail - et les règles probatoires selon l'expérience de la vie ne s'appliquent pas aux assurances privées (Kaspar GEHRING, Schadenminderung und Mitwirkung: Was können private Versicherungen verlangen?, REAS 2018 p. 132-133 ; Anne-Sylvie DUPONT, Incapacité de travail et incapacité de gain: la fin du mélange des genres, REAS 2013 p. 129). La jurisprudence a ainsi retenu que l'analyse médico-théorique ne constitue qu'une première étape du raisonnement auquel il y a lieu de procéder pour appliquer l'art. 61 al. 2 LCA. En effet, cette disposition ne permet pas à l'assureur de réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique, qui n'est pratiquement pas réalisable. Le juge doit au contraire procéder à une analyse concrète de la situation. Partant, il doit se demander, en fonction de l'âge de l'assuré et de l'état du marché du travail, quelles sont ses chances réelles de trouver un emploi tenant compte de ses limitations fonctionnelles. Il doit également examiner, en fonction de la formation, de l'expérience et de l'âge de l'assuré, si un

A/4159/2017 - 23/26 - tel changement d'activité peut réellement être exigé de lui. La réduction de l'indemnité est exclue s'il n'est en réalité pas possible de limiter le préjudice par un changement d'activité professionnelle. Il faut donc qu'il soit démontré que cette nouvelle activité permettrait effectivement à l'assuré de réaliser un revenu supérieur à celui qu'il peut encore obtenir en conservant son emploi (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_529/2012 du 31 janvier 2013 consid. 2.4). Il incombe à l'assureur qui n'entend pas indemniser la totalité du dommage subi par l'assuré de prouver que ce dernier a violé son devoir de réduire le dommage. A cet égard, il lui appartient 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). Notre Haute Cour a retenu que lorsque l'assureur se fonde exclusivement sur l'appréciation médico-théorique et ne donne aucune indication sur les chances concrètes de l'assuré de

pouvoir exercer une activité adaptée à son état de santé, sur l'activité envisageable et sur le revenu réalisable, ce défaut d'allégation l'empêche d'emblée de se prévaloir de l'art. 61 al. 2 LCA (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_574/2014 du 15 janvier 2015 consid. 4.2). Il faut encore préciser que l'art. A4 al. 3 CGA ne revêt pas de portée propre par rapport à l'obligation de diminuer le dommage prévue par la loi. b) En l'espèce, la défenderesse s'est contentée d'impartir un délai au demandeur pour retrouver un travail adapté, sans lui préciser la nature de cet emploi, ni analyser ses chances réelles de se réinsérer, ni même déterminer si cette activité lui procurerait un revenu excluant le versement d'indemnités. Ce n'est qu'au cours de la procédure judiciaire qu'elle a avancé qu'un emploi de bureau ou de représentant de commerce, tel que suggéré par le Dr D\_\_\_\_\_, pouvait être envisagé, et qu'elle a affirmé que le calcul du revenu d'invalidité fondé sur les salaires statistiques exclurait toute perte de gain - sans toutefois procéder à un quelconque calcul étayant cette allégation. Eu égard à l'arrêt du 15 janvier 2015 précité, ces considérations, tardives et incomplètes, paraissent insuffisantes pour reprocher au demandeur une violation de son obligation de diminuer le dommage. Quoi qu'il en soit, une analyse concrète de la situation du demandeur révèle que ses chances de réinsérer le marché du travail sont pour ainsi dire inexistantes : on rappellera qu'il était âgé de plus de 60 ans lorsque la demanderesse a exigé un changement de profession. Il a par ailleurs toujours travaillé en tant qu'indépendant et ne dispose d'aucune formation. Dans ces conditions, il paraît illusoire de considérer qu'il est en mesure de retrouver un emploi de bureau ou de représentant de commerce. Il n'a en effet aucune compétence propre à ces métiers et aucune expérience dans ces domaines. Par analogie, il a été admis en assurance-invalidité que la reprise d'un emploi adapté était exclue pour un assuré de près de 60 ans, ayant uniquement travaillé en tant que menuisier et agriculteur indépendant (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_612/2007 du 14 juillet 2008 consid. 5.2), alors même que, dans l'assurance-invalidité, l'exigibilité d'un changement de profession s'analyse à

A/4159/2017 - 24/26 - l'aune d'un marché équilibré du travail, fiction qui non transposable sans autres en assurances privées selon la doctrine, comme on l'a vu. Il importe en outre de souligner qu'on ne peut retenir que l'exigibilité d'un changement de profession doit être analysée selon l'âge du demandeur à l'époque où le Dr D\_\_\_\_\_ a mentionné le caractère adapté d'une activité de bureau. En effet, dans cette expertise, le Dr D\_\_\_\_\_ avait précisément conclu que l'activité de couvreur pouvait se faire dans des conditions correctes et la défenderesse n'avait d'ailleurs pas demandé de changement de profession à réception de cette expertise. Ainsi, au vu des circonstances concrètes, il n'est pas possible d'exiger du demandeur une reconversion professionnelle. Son incapacité de travail persistant, les indemnités journalières lui sont dues jusqu'à l'épuisement du droit aux prestations stipulé dans le contrat, soit durant 358 jours dès le 10 janvier 2017, soit jusqu'au 2 janvier 2018. Le montant de l'indemnité journalière étant de CHF 136.98, le demandeur a droit à un montant de CHF 49'038.84 (358 x CHF 136.98).

## **E. 12**

Le demandeur exige le versement d'intérêts moratoires. Les CGA ne prévoient aucun terme pour l'exigibilité des prestations qui y sont stipulées. L'art. 41 al. 1 LCA dispose que la créance qui résulte du contrat 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. Les conséquences de l'exigibilité des prestations se déterminent d'après le droit des obligations, par renvoi de l'art. 100 LCA (Olivier CARRE, Loi fédérale sur le contrat

d'assurance, Lausanne 2000, p. 301). Selon l'art. 102 CO, le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier (al. 1). Lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour (al. 2). L'écoulement du délai de quatre semaines prévu à l'art. 41 LCA ne suffit pas à considérer que le jour d'exécution est expiré. En effet, l'art. 102 al. 2 CO exige une convention entre les parties afin de fixer le jour de l'exécution, alors que le délai de quatre semaines repose sur la loi. De plus, le terme de l'obligation ne peut être déterminé avec précision puisqu'on ne peut savoir à l'avance quand ce délai de quatre semaines commence à courir, le point de savoir si l'assureur dispose de tous les documents étant sujet à interprétation. Ainsi, la doctrine majoritaire considère qu'une interpellation est nécessaire pour que l'assureur soit en demeure (Jürg NEF, Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], 2001, n. 20 ad art. 41).

L'interpellation doit décrire la prestation à effectuer de manière suffisamment précise pour que le débiteur puisse reconnaître ce que le créancier exige. Si la prestation est pécuniaire, le montant doit en principe être chiffré (ATF 129 III 535 consid. 3.2.2). Une interpellation est une déclaration, expresse ou par acte concludant, adressée par le créancier au débiteur par laquelle le premier fait

A/4159/2017 - 25/26 - comprendre au second qu'il réclame l'exécution de la prestation due. Elle peut être antérieure à la date à laquelle la prestation est due (Luc THÉVENOZ, Commentaire romand, Code des obligations I, 2ème éd. 2012, nn. 17 et 19 ad art. 102). Le taux de l'intérêt moratoire s'élève à 5%, conformément à l'art. 104 al. 1 CO. En l'espèce, la défenderesse a été mise en demeure pour la première fois en décembre 2016. Les intérêts moratoires peuvent être fixés selon une date moyenne, dès lors que le montant dû mensuellement ne varie guère. Il convient ainsi de suivre le calcul du demandeur, qui a conclu à des intérêts dès le 7 juillet 2017 - jour qui se situe 179 jours après la première indemnité due et 179 jours avant la dernière indemnité due. C'est ainsi dès cette date que les intérêts moratoires à 5% sont dus.

### **E. 13**

Compte tenu des éléments qui précèdent, les conclusions du demandeur sont entièrement admises. La demande reconventionnelle est en revanche rejetée. L'art. 94 al. 1 CPC dispose que lorsque la demande principale et la demande reconventionnelle s'opposent, la valeur litigieuse se détermine d'après la prétention la plus élevée. L'art. 95 al. 3 let. b CPC prévoit que les dépens comprennent le défraiement d'un représentant professionnel. Le droit à une indemnité pour frais d'avocat découle ainsi du droit fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 4C\_1/2011 du 3 mai 2011 consid. 6.2). Les cantons sont compétents pour fixer le tarif des frais comprenant les dépens (cf. art. 96 CPC). À Genève, le règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RTFMC - E 1 05.10) détermine notamment le tarif des dépens, applicable aux affaires civiles contentieuses (art. 1 RTFMC). Le demandeur obtenant gain de cause, il a droit à des dépens. Compte tenu de la valeur litigieuse la plus élevée, soit CHF 49'038.84, ces dépens seront fixés à CHF 7'500.- (art. 106 al. 1 CPC; art. 20 à 26 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]; art. 84 et 85 du RTFMC). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 114 let. e CPC).

A/4159/2017 - 26/26 - 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.