

GE_GERICHTE ATAS/725/2017 vom 28. August 2017

GE Cour de justice, 2017-08-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_725_2017

FR: GE_GERICHTE ATAS/725/2017 du 28 août 2017

IT: GE_GERICHTE ATAS/725/2017 del 28 agosto 2017

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, le contrat est régi par la LCA.

A/1512/2016 - 19/32 - La compétence de la chambre de céans à raison de la matière pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

En l'occurrence, l'art. 38 CGA prévoit que pour toutes les actions au sujet du présent contrat d'assurance, sont compétents aux choix soit les tribunaux du domicile suisse du preneur d'assurance ou de l'ayant droit, soit ceux du lieu de travail de l'ayant droit, soit ceux du siège principal d'Helsana Assurances complémentaires SA. Le demandeur étant domicilié dans le canton de Genève, qui est également son lieu de travail, la chambre de céans est compétente à raison du lieu pour connaître de la présente demande. Il en est de même s'agissant de la demande reconventionnelle (art. 14 et 224 du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) ; partant la demande et la demande reconventionnelle sont recevables.

E. 3

Les litiges relatifs aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie ne sont pas soumis à la procédure de conciliation préalable de l'art. 197 CPC lorsque les cantons ont prévu une instance cantonale unique selon l'art. 7 CPC (ATF 138 III 558 consid. 4.5 et 4.6 ; ATAS/577/2011 du 31 mai 2011), étant précisé que le législateur genevois a fait usage de cette possibilité (art. 134 al. 1 let. c LOJ).

E. 4

décembre 2014, soit à l'issue d'un délai de 730 jours. Dans son écriture du 29 mai 2017, le demandeur a admis l'échéance du délai de 730 jours au 4 décembre 2014 et réduit en conséquence ses conclusions en paiement. Au vu de ce qui précède, il convient de constater que le droit à l'indemnité journalière encore litigieux est celui relatif à la période du 11 mai au 4 décembre 2014.

E. 5

a. 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

A/1512/2016 - 20/32 - 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

décembre 1907 (CC ; RS 210), en l'absence de règles contraires, répartit le fardeau de la preuve et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 133 III 323 consid. 4.1 non publié; ATF 130 III 321 consid. 3.1 ; ATF 129 III 18 consid. 2.6 ; ATF 127 III 519 consid. 2a). Cette disposition ne prescrit cependant pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées (cf. ATF 122 III 219 consid. 3c ; ATF 119 III 60 consid. 2c). Elle n'empêche pas le juge de refuser une mesure probatoire par une appréciation anticipée des preuves (ATF 121 V 150 consid. 5a). L'art. 8 CC ne dicte pas comment le juge peut forger sa conviction (ATF 122 III 219 consid. 3c ; ATF 119 III 60 consid. 2c ; ATF 118 II 142 consid. 3a). En tant que règle sur le fardeau de la preuve, il ne s'applique que si le juge, à l'issue de l'appréciation des preuves, ne parvient pas à se forger une conviction dans un sens positif ou négatif (ATF 132 III 626 consid. 3.4 et ATF 128 III 271 consid. 2b/aa). Ainsi, lorsque l'appréciation des preuves le convainc de la réalité ou de l'inexistence d'un fait, la question de la répartition du fardeau de la preuve ne se pose plus (ATF 128 III 271 consid. 2b/aa). En vertu de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. En conséquence, la partie qui fait valoir un droit doit prouver les faits fondant ce dernier, tandis que le fardeau de la preuve relatif aux faits supprimant le droit, respectivement l'empêchant, incombe à la partie, qui affirme la perte du droit ou qui conteste son existence ou son étendue. Cette règle de base peut être remplacée par des dispositions légales de fardeau de la preuve divergentes et doit être concrétisée dans des cas particuliers (ATF 128 III 271 consid. 2a/aa avec références). Ces principes sont également applicables dans le domaine du contrat d'assurance (ATF 130 III 321 consid. 3.1). En principe, un fait est tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la vérité d'une allégation. La loi, la doctrine et la jurisprudence ont apporté des exceptions à cette règle d'appréciation des preuves. L'allègement de la preuve est alors justifié par un « état de nécessité en matière de preuve » (Beweisnot), qui se rencontre lorsque, par la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas

A/1512/2016 - 21/32 - possible ou ne peut être raisonnablement exigée, en particulier si les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices (ATF 132 III 715 consid. 3.1 ; ATF 130 III 321 consid. 3.2). Tel peut être le cas de la survenance d'un sinistre en matière d'assurance-vol (ATF 130 III 321 consid. 3.2) ou de l'existence d'un lien de causalité naturelle, respectivement hypothétique (ATF 132 III 715 consid. 3.2). Le degré de preuve requis se limite alors à la vraisemblance prépondérante (die überwiegende Wahrscheinlichkeit), qui est soumise à des exigences plus élevées que la simple vraisemblance (die Glaubhaftmachung). La vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ou hypothèses envisageables ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 133 III 81 consid. 4.2.2 ; ATF 132 III 715 consid. 3.1 ; ATF 130 III 321 consid. 3.3). En vertu de l'art. 8 CC, la partie qui n'a pas la charge de la preuve a le droit d'apporter une contre-preuve. Elle cherchera ainsi à démontrer des circonstances propres à faire naître chez le juge des doutes sérieux sur l'exactitude des allégations formant l'objet de la preuve principale. Pour que la contre-preuve aboutisse, il suffit que la preuve principale soit ébranlée, de sorte que les allégations principales n'apparaissent plus comme les plus vraisemblables (ATF 130 III 321 consid. 3.4). Le juge doit procéder à une appréciation d'ensemble des éléments qui lui sont apportés et dire s'il retient qu'une vraisemblance prépondérante a été établie (ATF 130 III 321 consid. 3.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_61/2011 du 26 avril 2011 consid. 2.1.1). b. Il est de jurisprudence qu'une expertise privée n'est pas un moyen de preuve au sens de l'art. 168 al. 1 CPC, mais qu'elle doit être assimilée aux allégués de la partie qui la produit (ATF 141 III 433 consid. 2.6 p. 437 ; 140 III 24 consid. 3.3.3 p. 29). Seules doivent être prouvées les allégations qui sont expressément contestées. Une telle contestation doit être suffisamment précise afin que l'on puisse déterminer quelles sont les allégations du demandeur qui sont contestées. En d'autres termes, la contestation doit être concrète à telle enseigne que la partie qui a allégué les faits sache quels sont ceux d'entre-eux qu'il lui incombe de prouver. Le degré de la motivation d'une allégation exerce une influence sur le degré exigible de motivation d'une contestation. Plus détaillées sont certaines allégations de la partie qui a le fardeau de la preuve, plus concrètement la partie adverse doit expliquer quels sont au sein de celles-ci les éléments de fait qu'elle conteste. Le fardeau de la contestation ne saurait toutefois entraîner un renversement du fardeau de la preuve (ATF 141 III 433 consid. 2.6 p. 438 et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_318/2016 du 3 août 2016). En présence de rapports médicaux contradictoires, le juge ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. L'élément déterminant

A/1512/2016 - 22/32 - pour la valeur probante d'un rapport médical n'est ni son origine, ni sa désignation, mais son contenu. Ce qui compte à cet égard, c'est que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description des interférences médicales soit claire et, enfin, que les conclusions de l'expert soient bien motivées. En ce qui concerne les rapports établis par le médecin traitant de l'assuré, le juge prendra en considération le fait que celui-ci peut être enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qu'ils ont nouée (ATF 125 V 351 consid. 3 p. 352 ss ; arrêt 4A_318/201 du 3 août 2016 consid. 6.1). 6. a. En l'espèce, la défenderesse se

prévaut de l'annulation rétroactive du contrat d'assurance perte de gain maladie concernant le demandeur depuis le 5 décembre 2012, au motif que le demandeur a fait valoir une prétention frauduleuse ; en particulier, la défenderesse estime que le demandeur a volontairement tu à l'assurance qu'il effectuait une activité professionnelle auprès de B_____ dont il était administrateur, en se fondant sur le rapport de surveillance de M. N_____ (réponse de la défenderesse du 7 juin 2016 p. 19-20). b. Préalablement, la défenderesse requiert l'audition de M. N_____, au titre de témoin, afin que le rapport de celui-ci soit considéré non pas comme un allégué de partie mais comme un témoignage. Selon l'art. 150 al. 1 CPC la preuve a pour objet les faits pertinents et contestés. Tel n'est pas le cas du rapport en cause, le demandeur n'ayant pas contesté les images réalisées par M. N_____ mais uniquement l'interprétation de celles-ci effectuées par la défenderesse, soit l'affirmation que le demandeur travaillait effectivement (réponse du 7 juin 2017 – fait n°30), qu'il donnait des consignes à ses ouvriers (réponse du 7 juin 2017 – fait n°34) et qu'il n'avait aucune limitation pour se déplacer et effectuer son activité professionnelle (réponse du 7 juin 2017 – fait n°35). Le témoignage de M. N_____ n'est donc pas nécessaire et il y sera renoncé, par appréciation anticipée des preuves (ATF 130 II 425). c. L'art. 40 LCA définit la prétention frauduleuse. Il prévoit que si l'ayant droit ou son représentant, dans le but d'induire l'assureur en erreur, dissimule ou déclare inexactement des faits qui auraient exclu ou restreint l'obligation de l'assureur, ou si, dans le but d'induire l'assureur en erreur, il ne fait pas ou fait tardivement les communications que l'art. 39 LCA lui impose, l'assureur n'est pas lié par le contrat envers l'ayant droit. D'un point de vue objectif, la dissimulation ou la déclaration inexacte doit porter sur des faits qui sont propres à remettre en cause l'obligation même de l'assureur ou à influencer sur son étendue; en d'autres termes, sur la base d'une communication correcte des faits, l'assureur verserait une prestation moins importante, voire n'aurait aucune prestation à verser. Ainsi en est-il lorsque l'ayant droit déclare un dommage plus étendu qu'en réalité, par exemple lorsque l'atteinte à

A/1512/2016 - 23/32 - la santé n'est pas aussi grave qu'annoncée. En plus, l'ayant droit doit, sur le plan subjectif, avoir l'intention de tromper. Il faut qu'il ait agi avec la conscience et la volonté d'induire l'assureur en erreur, afin d'obtenir une indemnisation plus élevée que celle à laquelle il a droit; peu importe à cet égard qu'il soit parvenu à ses fins (arrêt du Tribunal fédéral 4A_286/2016 du 29 août 2016 consid. 5.1.2 et les arrêts cités ; 4A_643/2016 du 7 avril 2017). d. Dans l'arrêt précité (4A_643/2016), le Tribunal fédéral a constaté que l'assurée, coiffeuse indépendante, qui, en arrêt de travail, se rend dans son salon de coiffure pour passer du temps devant l'ordinateur, répondre au téléphone, prendre les rendez-vous, s'occupe de l'agenda et discute avec la clientèle, sans exercer une activité spécifique, soit des tâches qui ne constituaient pas l'essence du métier de base de coiffure, ne fait aucune déclaration mensongère en réclamant une indemnité journalière à l'assurance perte de gain en cas de maladie, ce d'autant que sur le plan subjectif l'assurée pouvait penser de bonne foi que seule l'activité de coiffeuse, qu'elle n'était pas capable d'exercer, était déterminante pour les montant de l'indemnité journalière. Or, en l'occurrence, la situation du demandeur est comparable à celle précitée. En effet, il ressort des enquêtes menées par la chambre de céans que l'activité essentielle exercée par le demandeur avant son incapacité de travail de décembre 2012 était une activité de peintre et directeur de chantier. Les témoins entendus en audience le 10 avril 2017 ont déclaré de façon convergente que le demandeur était un homme de terrain qui exerçait comme peintre, qu'il ne s'était jamais occupé de la comptabilité de l'entreprise, qu'il ramenait des affaires (témoin C_____), qu'il travaillait

comme peintre avant son opération (témoin A_____), qu'il travaillait comme peintre sur plusieurs chantiers, qu'il dirigeait les autres peintres (témoin O_____), qu'il travaillait sur les chantiers, qu'il amenait du matériel, dirigeait et contrôlait le travail tout en peignant avec eux (témoin C_____), qu'il gérait les équipes sur les chantiers, qu'il n'avait jamais participé aux réunions de chantier, qu'il travaillait toujours sur site et organisait le travail, qu'il œuvrait comme peintre, amenait des échantillons et du matériel, que c'était une personne de terrain qui n'avait jamais géré l'aspect administratif de la société (témoin O_____). Ces témoignages rejoignent les déclarations du demandeur lors de l'audience de comparution personnelle du 19 décembre 2016 puisque celui-ci a expliqué qu'au début de la société il était peintre et plâtrier, qu'il avait ensuite engagé des ouvriers car il avait de gros mandats et qu'il avait toujours gardé une activité de peintre jusqu'à sa maladie en 2012, qu'il travaillait toujours en salopette, qu'il conduisait les camions, portait les bidons de peinture et peignait et que la gestion de la société lui prenait très peu de temps. Ces témoignages rejoignent aussi le constat de l'expert F_____ selon lequel le demandeur était peintre indépendant et gérait lui-même son entreprise (expertise F_____ p. 4), celui du Dr E_____ précisant que le demandeur était artisan peintre indépendant (avis du Dr E_____ du 28 mars 2013), celui du Dr D_____

A/1512/2016 - 24/32 - mentionnant une activité de contremaître général et peintre en bâtiment (avis du Dr D_____ du 31 janvier 2013) et celui du Dr J_____ relevant que le demandeur travaillait à son compte dans une entreprise du bâtiment (avis du Dr J_____ du

E. 14

février 2014). Enfin, il ressort du témoignage de M. O_____ et des procès-verbaux de réunions de chantier que le demandeur ne participait pas à celles-ci. Le rapport de surveillance de L_____ investigation du 16 mai 2014 a constaté que le demandeur s'était déplacé en conduisant lui-même sa voiture les 28 et 30 avril, 8 et 9 mai 2014 sur divers chantiers de B_____ et s'était rendu auprès de la société, qu'il a été observé _____ rue S_____ discutant avec deux ouvriers de B_____, puis, le lendemain, discutant avec un couple, deux hommes et deux ouvriers, le 8 mai discutant avec un ouvrier, le 9 mai discutant avec un ouvrier et se déplaçant ensuite jusqu'à la société Jordan peinture pour retourner ensuite au _____ rue S_____, qu'il a récupéré des documents alors qu'il était garé en face de B_____ pour se rendre ensuite dans un bâtiment de l'administration cantonale au 88-90 route de Chancy (Office cantonal de la population et des migrations – OCPM) et qu'il a parlé avec un homme et s'est ensuite rendu sur un chantier. Contrairement à l'avis de la défenderesse, la surveillance du demandeur ne démontre pas que celui-ci a effectivement travaillé en tant que peintre dirigeant des ouvriers. Lors de cette surveillance, le demandeur portait un pantalon de ville, une veste et une chemise mais pas un habit de peintre, ce qui tend à démontrer qu'il n'a pas effectué de travaux de peinture. Il s'est rendu sur plusieurs chantiers et a été vu discutant avec quelques personnes dont des ouvriers de B_____, ce qu'il admet. À cet égard, plusieurs témoins ont confirmé que si le demandeur s'était effectivement rendu sur plusieurs chantiers au cours de sa maladie, il n'avait plus pu assumer l'activité qu'il exerçait avant son incapacité de travail : il ressort de ces témoignages que la période fin 2012 jusqu'à l'opération de 2014 était une catastrophe en raison de la maladie de son époux (témoin A_____), que lorsque le demandeur était tombé malade, le chiffre d'affaires de la société avait chuté, qu'avec sa maladie il avait démissionné et ne s'occupait plus de rien, qu'il n'avait plus jamais peint, qu'il passait de temps en temps à l'entreprise et sur les chantiers pour boire un café et rencontrer les

ouvriers, qui étaient un peu des amis (témoin C _____), que le demandeur était tombé malade et avait arrêté de travailler (témoin O _____), qu'après sa maladie le demandeur n'était plus jamais venu sur les chantiers pour travailler, qu'il passait de temps en temps pour boire un café (témoin C _____), qu'après être tombé malade, il ne pouvait plus travailler sur les chantiers et le travail de direction sur les chantiers avait été repris par les chefs d'équipe, qu'il n'œuvrait plus comme peintre depuis sa maladie et que durant sa convalescence il avait arrêté son activité de contremaître général (témoin O _____).

A/1512/2016 - 25/32 - Compte tenu de ce qui précède il apparaît, au degré de la vraisemblance prépondérante que, depuis fin décembre 2012, le demandeur n'a plus pu œuvrer comme peintre. En revanche, il a continué, à tout le moins pendant la période litigieuse précédant son opération, soit du 11 mai au 2 juin 2014, de passer sur les chantiers pour boire un café et discuter avec les ouvriers. Il apparaît également que le demandeur a très vraisemblablement donné des consignes aux ouvriers. En effet, le rapport de surveillance du 16 mai 2014 relève que dans la journée du 29 avril 2014 le demandeur s'est rendu tôt le matin sur un chantier à Russin, sur un chantier à la Praille, sur un chantier rue du R _____, sur un chantier rue S _____, puis auprès de B _____ à trois reprises dans la journée. Au vu du déroulement de cette journée, il paraît improbable que le demandeur se soit déplacé autant de fois dans autant de lieux différents uniquement pour boire un café et parler avec les ouvriers pour se changer les idées. Il est hautement vraisemblable que le demandeur a effectué un certain suivi des travaux en cours par le biais d'instructions données aux ouvriers, voire contrôlé le travail effectué. Toutefois, même si une certaine activité professionnelle devait être imputée au demandeur, elle serait très accessoire, compte tenu des témoignages précités relevant l'engagement professionnel du demandeur avant sa maladie, et ne correspondant pas à l'essence de son métier de base de peintre, effectuant des travaux de peinture avec les ouvriers, tout en dirigeant ceux-ci, en transportant du matériel et des échantillons de peinture. Il n'y a pas lieu, dans ces conditions, de conclure à une déclaration mensongère du demandeur. Enfin, même si, comme le relève la défenderesse, les témoins entendus sont soit des personnes de la famille du demandeur, soit des employés de B _____, la convergence de leur témoignage, leur nombre et leur crédibilité ne permet pas de douter de leur véracité. A cet égard, l'art. 157 CPC prévoit que le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées. La suspicion de partialité d'un témoin, résultant par exemple d'un lien conjugal, de parenté, d'alliance ou d'amitié avec une partie, doit être prise en considération au stade de l'appréciation du témoignage; néanmoins, la suspicion n'exclut pas d'emblée que la déposition soit tenue pour digne de foi et il incombe au juge du fait d'apprécier sa force probante (arrêt du Tribunal fédéral 4A_181/2012 du 10.9.2012). En l'occurrence, l'épouse du demandeur a expliqué, en pleurant, que la période 2012 - 2014 avait été très difficile, une « catastrophe » en raison de la maladie de son époux ; ce témoignage, crédible, concernant l'état de santé du demandeur, n'a pas de motif d'être écarté, pas plus que ceux des ouvriers peintres (MM. O _____ et C _____) attestant que le demandeur effectuait un travail de peintre, déclarations qui rejoignent celle du président et cousin du demandeur (M. C _____) ainsi que celui du conducteur de travaux (M. O _____). Partant, les conditions pour admettre une prétention frauduleuse ne sont pas réalisées et la défenderesse n'était pas en droit de résilier le contrat d'assurance perte de gain en faveur du demandeur.

A/1512/2016 - 26/32 - Partant, la demande reconventionnelle sera rejetée. 7. La défenderesse invoque l'art. 13.8 CGA selon lequel l'assureur rend la prestation tributaire de

la condition que le cas soit annoncé aux autres assurances impliquées. Le droit aux prestations est interrompu si la personne assurée ne donne pas suite à l'injonction d'annoncer le cas. Le droit renaît une fois l'annonce faite. La durée de l'interruption est imputée sur la durée totale des prestations. La personne assurée perd en revanche son droit aux prestations si elle renonce au droit qu'elle peut faire valoir auprès de ces assurances ou qu'elle le retire. b. En l'occurrence, la défenderesse a communiqué le 5 avril 2013 au demandeur le formulaire d'annonce à l'assurance invalidité en lui demandant de le lui retourner rempli. Or, le demandeur s'est exécuté en signant le formulaire le 23 avril 2013 et en le retournant à la défenderesse, laquelle a pu le communiquer à l'OAI le 7 mai 2013 ; ce faisant, le cas a bien été annoncé à l'OAI au sens de l'art. 13.8 CGA. La question se pose encore de savoir si, en application de cet article, le demandeur, par son manque de collaboration, a renoncé au droit qu'il peut faire valoir auprès de l'OAI, entraînant le cas échéant la perte de son droit aux prestations de la défenderesse. À cet égard, la chambre de céans constate que l'OAI a requis du demandeur une copie du bilan et compte pertes et profits pour l'année 2013 le 15 janvier 2014 et lui a envoyé un rappel le 14 mai 2014. Sans réponse du demandeur, ce n'est que le

E. 19

novembre 2014 que l'OAI a notifié au demandeur une sommation l'informant de son obligation de collaborer, faute de quoi une décision de non entrée en matière ou de refus de toutes prestations pourrait être prononcée. Un ultime délai au 4 décembre 2014 était imparti au demandeur pour transmettre les documents demandés. Le demandeur n'y a pas donné suite. Au demeurant, la question d'une éventuelle renonciation par le demandeur de ses droits auprès de l'OAI peut rester ouverte ; en effet, une telle renonciation ne pourrait être admise au plus tôt que le 4 décembre 2014, soit à l'échéance du délai imparti par l'OAI par le biais de la sommation précitée ; on ne saurait en effet considérer que le demandeur a renoncé aux prestations de l'OAI en ne donnant pas suite à une demande de document sans avoir été averti des conséquences de son défaut de collaboration. En conséquence, cette éventuelle renonciation ne pourrait avoir d'effet sur les prestations allouées par la défenderesse qu'à cette même date, l'art. 13.8 CGA précisant que l'assuré perd son droit aux prestations s'il renonce au droit qu'il peut faire valoir auprès des autres assurances impliquées ; or, l'objet du litige concerne une période antérieure, soit du 11 mai au 4 décembre 2014, de sorte que cette question n'est pas pertinente ; partant la défenderesse n'est pas en droit de supprimer ses prestations du 11 mai au 4 décembre 2014 sur la base de l'art. 13.8 CGA. Au surplus, la renonciation à des prestations d'assurance selon l'art. 23 LPGA, dont la définition pourrait s'appliquer par analogie à l'art. 13.8 CGA, suppose que l'assuré ait un droit indubitable à des prestations, de sorte que l'assuré ne peut renoncer à l'avance à des prestations futures (arrêt du Tribunal fédéral du

A/1512/2016 - 27/32 -

E. 21

mai 2013 9C_1051/2012) ; or, en l'occurrence, le droit du demandeur à des prestations d'invalidité n'était pas établi au 4 décembre 2014. 8. a. Du point de vue médical, la défenderesse reconnaît l'existence d'une incapacité de travail totale du demandeur du 2 juin au 22 juillet 2014 (réponse du 16 juin 2016 p. 24). Demeure ainsi litigieuse la détermination de la capacité de travail du demandeur du 11 mai au 1er juin 2014 et du 23 juillet au 4 décembre 2014. Le demandeur fait valoir une incapacité de travail fondée sur les avis du Dr

I_____ des 13 janvier et 2 juin 2014, ainsi que sur celui du 13 avril 2017 demandé par la chambre de céans. L'avis du 13 avril 2017 du Dr I_____, qui a effectué l'intervention du 3 juin 2014, – lequel confirme notamment ses précédents certificats d'arrêt de travail (avis du Dr I_____ des 13 janvier et 2 juin 2014) – conclut à une incapacité de travail totale du demandeur dans son activité de peintre à tout le moins du 11 mai au 31 août 2014 et de 75 % du 1er septembre au 4 décembre 2014 (soit une incapacité de travail constatée par lui-même jusqu'au 17 novembre 2014, date de sa dernière consultation, puis dès cette date selon les certificats du Dr D_____). Cet avis, dûment motivé, est probant. Le Dr I_____ a expliqué que le demandeur présentait avant l'intervention un rétrécissement canalaire dont les symptômes n'avaient pas pu être traités par un traitement conservateur et qui entraînait un handicap fonctionnel ; Le Dr I_____ a précisé qu'il existait chez le demandeur une corrélation anatomo clinique, les plaintes étant tout à fait compatibles avec un rétrécissement canalaire au niveau observé. Postérieurement à l'intervention du 3 juin 2014, le Dr I_____ a expliqué que l'amélioration était incomplète et la récupération postopératoire plus longue que chez un autre patient. La défenderesse se borne à interpréter l'avis du Dr I_____ en estimant que ce médecin fait état de plaintes non objectivables ; elle s'appuie pour cela sur l'avis du Dr K_____ du 8 mai 2017 lequel constate un désaccord partiel avec le Dr I_____ relativement aux douleurs perdurantes et conteste celles-ci sur la base du rapport de surveillance du 16 mai 2014. En l'occurrence, l'avis du Dr K_____, très succinct, et établi sans examen du demandeur, n'est pas à même de remettre en cause celui clair, précis et bien étayé du Dr I_____. En particulier, la chambre de céans constate que le Dr K_____ se borne à faire référence aux images de surveillance pour considérer que l'état de santé du demandeur était asymptotique. Cet avis n'est pas probant, de telles images – lesquelles montrent uniquement que le demandeur était apte pendant les périodes de surveillance à conduire et marcher - n'étant pas significatives pour exclure toutes douleurs et limitations dues à l'affection constatée par le Dr I_____. D'ailleurs, le demandeur n'a pas eu d'autre choix que de se soumettre à une intervention chirurgicale le 3 juin 2014, ce qu'il n'aurait très certainement pas fait si son état correspondait à celui décrit par le Dr K_____ ; le Dr K_____ n'a d'ailleurs pas examiné le demandeur et a rendu, sur dossier, trois avis médicaux très succincts (avis des 31 mars 2014, 2 et 3 juin 2016) ; l'avis du Dr K_____ n'est ainsi pas propre à mettre en doute celui du

A/1512/2016 - 28/32 - Dr I_____, lequel a suivi le demandeur durant la période litigieuse (mai à novembre 2014) et a procédé à l'intervention du 3 juin 2014. Par ailleurs, le Dr I_____ a clairement expliqué que, contrairement à l'avis du Dr K_____, le demandeur présentait des plaintes compatibles avec un rétrécissement canalaire, que l'évolution sous traitement conservateur avait été négative, que la récupération post-opératoire était plus longue que chez un autre patient, que la capacité de travail était nulle avant l'intervention et jusqu'au 30 août 2014, puis de 25 % dès le 1er septembre 2014, conformément aux attestations du Dr D_____ et que l'évolution globale après la chirurgie avait finalement été favorable. Dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre que les allégations précises du Dr I_____ n'ont pas fait l'objet d'une contestation motivée de la défenderesse et sont corroborées pour la période du 11 mai au 1er juin 2014 par l'indication de l'intervention chirurgicale et du 23 juillet au 4 décembre 2014 par l'avis du Dr D_____, lequel a confirmé une incapacité de travail totale jusqu'au 31 août 2014 et de 75 % du 1er septembre au 4 décembre 2014. S'agissant du Dr F_____, il a examiné le demandeur le 11 juin 2013, soit plusieurs mois avant la période pertinente ; son avis, selon lequel le demandeur n'était pas limité dans son activité d'administrateur qui recherche des clients, fait des visites et contrôle

les chantiers (rapport F_____ du 15 juillet 2013 p. 5), n'est pas contesté ; le Dr F_____ a indiqué que le demandeur était administrateur salarié de son entreprise (rapport F_____ p. 1). Il ne s'est en particulier pas prononcé sur une capacité de travail du demandeur en tant que peintre. Le demandeur était ainsi apte selon le Dr F_____ à retravailler d'abord à 50 %, puis, en quelques semaines, à 100 %, en poursuivant la physiothérapie et en l'accompagnant éventuellement d'une médication antiphlogistique - anti douloureuse. La chambre de céans constate que le Dr F_____ s'est finalement prononcé sur une capacité de travail du demandeur en tant que gérant d'une société mais non pas en tant que peintre ; dans ce sens son avis rejoint celui du Dr I_____ selon lequel le handicap fonctionnel n'avait pas de conséquence sur une activité administrative de bureau (avis du Dr I_____ du 13 avril 2017). Dans ces conditions, le témoignage des Drs K_____ et F_____ n'est pas déterminant et il y sera renoncé, par appréciation anticipée des preuves, étant relevé que les Drs I_____ et D_____ ne seront pas non plus convoqués pour être entendu comme témoins. b. Dans la prolongation de ce qui a été exposé ci-avant (consid. 6c), il convient de constater que l'activité principale du demandeur était celle d'un peintre, chef d'équipe, soit un homme de terrain et que, dans cette activité, l'incapacité de travail était totale du 11 mai au 31 août 2014 ; la part d'activité consacrée à un travail purement administratif ou relationnel avec les clients, à la recherche de mandat et la gestion des ouvriers étant limitée, il n'y a pas lieu de considérer que le demandeur a maintenu une activité déterminante au sein de l'entreprise pendant cette période ;

A/1512/2016 - 29/32 - par ailleurs, à partir du 1er septembre 2014, une telle activité a pu se dérouler dans le cadre du taux de travail de 25 % que le demandeur a pu récupérer. Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que le demandeur a présenté, dans son activité de peintre, du 1er mai au 31 août 2014 une incapacité de travail totale et du 1er septembre au 4 décembre 2014 une incapacité de travail de 75 %. 9. Il convient encore de déterminer le montant de l'indemnité journalière due au demandeur durant la période litigieuse. La défenderesse estime que si une incapacité de travail devait être reconnue au demandeur, elle ne pourrait porter que sur son activité de peintre, pour un revenu mensuel brut maximum de CHF 4'000.-. Selon l'art. 6.1 CGA pour les employés, on assure le pourcentage du salaire AVS effectif figurant dans la police. Les conventions contractuelles divergentes demeurent réservées. Le dernier salaire perçu avant le début du cas assuré est déterminant pour le calcul des indemnités journalières. En cas de revenu irrégulier, on prend la moyenne depuis le début de l'engagement, toutefois au plus celle des douze derniers mois. Les augmentations de salaire qui interviennent pendant que la personne assurée touche des indemnités journalières ne sont pas prises en considération, à moins que l'augmentation ait impérativement eu lieu en vertu des dispositions d'une convention collective de travail (CCT). Le salaire annuel assuré maximal est mentionné dans la police. Selon l'art. 21 CGA le montant de l'indemnité journalière est obtenu en calculant le salaire assuré sur toute une année et en divisant la somme salariale annuelle assurée par 365 resp. 366 dans les années bissextiles. Le certificat de salaire 2012 du demandeur atteste d'un revenu brut de CHF 153'477.50, composé d'un revenu de CHF 133'973.30 et de CHF 19'504.20 d'indemnité pour perte de gain. Le dernier salaire perçu avant le début du cas assuré, le 5 décembre 2012, était celui du mois de novembre 2012 de CHF 8'500.-, lequel n'est pas représentatif du revenu régulièrement réalisé par le demandeur, dès lors que celui-ci a réalisé un salaire de CHF 15'600.- en janvier, février, mars, juin, août et septembre 2012. Conformément à l'art. 6 CGA, il convient de prendre la moyenne du revenu AVS réalisé durant les douze derniers mois soit du 1er décembre 2011 au 30 novembre 2012. Il n'y a donc pas lieu de se

fonder sur un salaire de CHF 4'000.- mensuel invoqué par la défenderesse, lequel ne correspond pas aux pièces du dossier. Selon la fiche de récapitulation par collaborateur, le revenu du demandeur a été le suivant entre décembre 2011 et novembre 2012 : Décembre 2011 : CHF 25'883.35 Janvier 2012 : CHF 16'600.-

A/1512/2016 - 30/32 - Février 2012 : CHF 16'600.- Mars 2012 : CHF 16'600.- Avril 2012 : CHF 7'681.20

(+CHF 5'762.60 d'indemnité maladie) Mai 2012 : CHF 13'741.60 (indemnité maladie) Juin 2012 : CHF 16'600.- Juillet 2012 : CHF -- Août 2012 : CHF 16'600.- Septembre 2012 : CHF 16'600.- Octobre 2012 : CHF 7'500.- Novembre 2012 : CHF 8'500.- Total : CHF 168'668.75 Il convient de constater que le demandeur a amené la preuve, par la production des extraits de son compte BCGE en 2012, qu'il avait effectivement reçu à tout le moins un montant total de CHF 168'668.75 puisque les versements totalisent CHF 182'084.90, comprenant le salaire et un remboursement de frais. Il s'agit en particulier d'un montant de CHF 142'080.- versé sur son compte bancaire, comprenant également un remboursement de frais ainsi qu'un salaire net de CHF 14'121.55 (CHF 7'229.85 en octobre et CHF 6'891.70 en novembre 2012 selon attestations et pièces 41 et 42 demandeur), et un salaire de décembre 2011 de CHF 25'883.35 dont la défenderesse ne conteste pas que le demandeur l'ait effectivement reçu. L'indemnité journalière est ainsi de : CHF 369.684 [(80 % x CHF 168'668.75) : 365]. En conséquence, il convient d'admettre que la défenderesse est tenue d'allouer au demandeur une indemnité journalière de CHF 369.684. Pour la période du 11 mai au 31 août 2014 durant laquelle l'incapacité de travail était totale, l'indemnité est de CHF 369.684 x 113 jours = CHF 41'774.30. Pour la période du 1er septembre au 4 décembre 2014 durant laquelle l'incapacité de travail était de 75 %, l'indemnité est de CHF 277.263 (75 % de CHF 369.684) x 95 jours = CHF 26'340.-. Soit un total de CHF 68'114.30. Au surplus, le demandeur ne requiert pas le paiement d'intérêts moratoires. 10. Partant, la demande sera partiellement admise et la défenderesse condamnée à verser au demandeur CHF 68'114.30.

A/1512/2016 - 31/32 - 11. Les cantons sont compétents pour fixer le tarif des frais comprenant le défraiement d'un représentant professionnel (art. 96 CPC en relation avec l'art. 95 al. 3 let. b CPC) ; selon l'art. 20 al. 1 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) dans les contestations portant sur des affaires pécuniaires, le défraiement d'un représentant professionnel est, en règle générale, proportionnel à la valeur litigieuse. Il est fixé, dans les limites figurant dans un règlement du Conseil d'Etat, d'après l'importance de la cause, ses difficultés, l'ampleur du travail et le temps employé. A 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). Selon l'art. 94 CPC lorsque la demande principale et la demande reconventionnelle s'opposent, la valeur litigieuse se détermine d'après la prétention la plus élevée (al. 1). Lorsque les demandes reconventionnelle et principale ne s'excluent pas, leurs valeurs litigieuses respectives sont additionnées pour déterminer les frais (al. 2). La demande principale et la demande reconventionnelle s'excluent lorsque l'admission de l'une implique nécessairement le rejet de l'autre (ATF 118 II 51). Tel étant le cas en l'espèce, la valeur litigieuse est déterminée d'après la prétention la plus élevée, laquelle est celle relative à la demande reconventionnelle qui porte sur un montant de CHF 130'447.60, puisque celle relative à la demande principale porte sur un montant de CHF 81'895.25 (art.

91 al. 1 CPC). Le demandeur étant représenté par un conseil et obtenant partiellement gain de cause, la défenderesse est condamnée à lui verser une indemnité de CHF 13'745.- à titre de dépens soit : CHF 9'700.- + CHF 3'026.85.- [6 % x (CHF 130'447.60 – CHF 80'000.-)] = CHF 12'726.85 ; il convient d'ajouter à ce montant la TVA de CHF 1'018.14, de sorte que le montant total est de CHF 13'744.95, arrondi à CHF 13'745.-, TVA et débours inclus (art. 26 al. 1 LaCC ; art. 84 et 85 RTFMC). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 114 let. e CPC et art. 22 al. 3 let. a LaCC).

A/1512/2016 - 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.