

## **GE\_GERICHTE ATAS/800/2017 vom 19. September 2017**

GE Cour de justice, 2017-09-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_800\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_800_2017)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/800/2017 du 19 septembre 2017

IT: GE\_GERICHTE ATAS/800/2017 del 19 settembre 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 14**

jours. Cette sommation était restée sans effet de sorte que l'obligation de la défenderesse avait été suspendue dès le 29 juin 2015. Le demandeur ne pouvait donc pas faire valoir un droit aux prestations postérieurement au 29 juin 2015. Enfin, quoi qu'il en soit, l'existence d'une incapacité de travail postérieurement au 31 décembre 2014 n'était pas établie au vu des conclusions probantes du Dr C\_\_\_\_\_. Si, par impossible, la Chambre de céans estimait ne pas pouvoir accorder valeur probante à ce rapport, la défenderesse concluait à la suspension de la procédure jusqu'au résultat de la procédure pendante avec l'OAI. A défaut, une expertise judiciaire devait être mise en œuvre. A cet égard, la défenderesse a expliqué que depuis que la Chambre de céans avait rendu son arrêt dans la cause opposant l'OAI au demandeur (ATAS/242/2016), ce dernier refusait qu'une expertise soit mise en œuvre et une nouvelle procédure (A/2533/2016) était actuellement pendante devant la Chambre de céans à ce sujet. 28. Dans le cadre de la procédure (A/2533/2016) opposant l'OAI au demandeur, la Chambre de céans a rejeté le recours par lequel ce dernier contestait une décision de l'OAI du 21 juillet 2016 de le soumettre à une expertise pluridisciplinaire (médecine interne, rhumatologie et neurochirurgie ; ATAS/940/2016 du

#### **E. 15**

novembre 2016). Cet arrêt est entré en force. 29. Par écriture complémentaire du 27 janvier 2017, la défenderesse a conclu reconventionnellement à la restitution de CHF 157'274.-, correspondant à CHF 115'457.- d'indemnités journalières maladie versées dès le 16 avril 2012 et à CHF 41'817.- d'indemnités journalières versées suite à l'accident du 26 juin 2014. La demanderesse reconventionnelle a fait valoir qu'il résultait de l'arrêt de la Chambre de céans du 22 mars 2016, rendu dans le cadre d'une procédure opposant l'OAI au défendeur reconventionnel (ATAS/242/2016), que ce dernier avait été déclaré en faillite par jugement du 12 mars 2012. Elle a expliqué que le 4 janvier 2012, le défendeur reconventionnel lui avait adressé une proposition d'assurance. Le 13 février 2012, la demanderesse reconventionnelle lui avait indiqué qu'une surprime devait être facturée. Le 16 mars 2012, le défendeur reconventionnel avait

A/2390/2016 - 6/19 - accepté cette surprime en signant une nouvelle police, sans l'informer qu'il avait été déclaré en état de faillite. Si elle l'avait su, elle ne serait pas intervenue et n'aurait pas versé les prestations dès le 16 avril 2012 pour l'incapacité de travail due à la maladie et dès le 26 juin 2014 pour l'incapacité de travail due à l'accident, faute de perte de gain. C'était donc à tort qu'elle avait versé CHF 157'274.-, que le défendeur reconventionnel était tenu de lui restituer. 30. Par pli du 13 avril 2017, le défendeur reconventionnel a fait valoir que la demanderesse reconventionnelle savait, depuis fin 2012 déjà, qu'un jugement de faillite avait été rendu en mars 2012 puisque le rapport du 23 novembre 2012 du docteur G\_\_\_\_\_, psychiatre, en faisait état. En outre, dans le cadre de ses déterminations au

Tribunal fédéral en 2014, la demanderesse reconventionnelle s'était prévalu de l'existence de ce jugement de faillite. Elle n'avait toutefois jamais déclaré invalider la convention la liant au défendeur reconventionnel. Ce n'était que le 27 janvier 2017, pour la première fois, qu'elle réclamait la restitution des indemnités journalières. Si la demanderesse reconventionnelle avait voulu se départir du contrat d'assurance qui la liait au défendeur reconventionnel, elle aurait dû le faire à fin 2013 au plus tard. Selon le défendeur reconventionnel, la demanderesse reconventionnelle était de mauvaise foi et son comportement était contradictoire. Enfin, il a ajouté que sa situation médicale ne s'était pas améliorée depuis le dépôt de la demande en paiement et il a versé un certificat d'incapacité de travail totale pour le mois d'avril 2017 établi le 13 avril 2017 par le Dr H\_\_\_\_\_. 31. Le 11 mai 2017, la demanderesse reconventionnelle a fait valoir que le rapport du Dr G\_\_\_\_\_ du 23 novembre 2012 ne faisait aucune mention de l'existence du jugement de faillite du 12 mars 2012. Il indiquait uniquement le fait que le défendeur reconventionnel avait déposé le bilan de son affaire quelques semaines avant le 19 octobre 2012. Elle n'avait donc pas invoqué tardivement l'invalidation du contrat. 32. Le 26 mai 2017, le défendeur reconventionnel a notamment fait valoir qu'il avait fait recours contre le jugement de faillite du 12 mars 2012, lequel lui avait été notifié le 24 mars 2012 seulement, soit après avoir signé la police d'assurance. Il résultait en outre de l'arrêt du Tribunal fédéral qu'il produisait (5A\_423/2013 du

#### **E. 17**

septembre 2013), que la Cour de Justice avait suspendu la procédure pendant neuf mois. 33. Par écriture du 8 juin 2017, la demanderesse reconventionnelle a relevé notamment que même si le défendeur reconventionnel avait fait recours contre le jugement de faillite, il résultait toutefois des arrêts rendus par la Cour de Justice (ACJC/536/2013 du 26 avril 2013 et ACJC/334/2014 du 14 mars 2014) et par le Tribunal fédéral (5A\_403/2014 du 19 août 2014 et 4A\_23/2014 du 8 juillet 2014) que le bail pour l'arcade commerciale destinée à l'exploitation de son entreprise avait déjà été résilié avec effet au 31 juillet 2010, que le Tribunal des baux avait ordonné l'évacuation des locaux par jugement du 17 décembre 2010 et qu'une requête de mise en faillite avait été déposée le 1er septembre 2011, notamment.

A/2390/2016 - 7/19 - Ainsi, alors qu'il ne pouvait plus avoir d'activité, le défendeur reconventionnel lui avait adressé une proposition d'assurance destinée à l'assurer dans le cadre de son entreprise. Si la demanderesse reconventionnelle avait eu connaissance de ces faits, elle n'aurait pas versé les prestations. 34. Par ordonnance du 11 septembre 2017, la Chambre de céans a informé les parties qu'elle entendait rendre un jugement sur partie concernant les questions préjudicielles soulevées par la défenderesse principale/demanderesse reconventionnelle et concernant la demande reconventionnelle. EN DROIT 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). Le présent litige concerne une assurance collective d'indemnité journalière maladie avec complément contre les accidents et la LCA s'applique à ce contrat (police d'assurance n° 2539754). La compétence de la Chambre de

céans à raison de la matière pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 2. L'art. 46a LCA prescrit que le for se définit selon la loi du 24 mars 2000 sur les fors (LFors) qui a été abrogée au 1er janvier 2011 par l'entrée en vigueur du CPC, auquel il convient désormais de se référer. Sauf disposition contraire de la loi, pour les actions dirigées contre les personnes morales, le for est celui de leur siège (art. 10 al. 1 let. b CPC), étant précisé que l'art. 17 al. 1 CPC consacre la possibilité d'une élection de for écrite. En l'occurrence, l'art. 90 des conditions générales d'assurance régissant l'assurance collective indemnité journalière selon la LCA - édition 2006 (ci-après : CGA) prévoit que le preneur d'assurance et la personne assurée peuvent élire à leur choix le for ordinaire ou celui de leur domicile en Suisse. Le demandeur principal ayant son domicile dans le canton de Genève, la Chambre de céans est compétente à raison du lieu pour connaître de la présente demande. 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).

A/2390/2016 - 8/19 - 4. La défenderesse principale invoque l'autorité de la chose jugée de l'arrêt rendu par le TAPI le 19 septembre 2016 (JTAPI/935/2016), de sorte qu'il y a lieu de considérer qu'elle conclut, implicitement, à l'irrecevabilité de la demande en paiement. 5. a. L'absence d'autorité de la chose jugée est une condition de recevabilité de la demande (ATF 121 III 474 consid. 2 ; ATF 119 II 89 consid. 2a et les arrêts cités). Si cette condition n'est pas réalisée, le demandeur est forclos en vertu de la règle ne bis in idem (ATF 140 III 278 consid. 3.4). Un jugement a l'autorité de la chose jugée lorsqu'il est obligatoire, c'est-à-dire qu'il ne peut plus être remis en discussion ni par les parties, ni par les tribunaux (arrêt du Tribunal fédéral 5C.242/2003 du

## **E. 20**

février 2004 consid. 2.1). Il y a autorité de la chose jugée lorsque la prétention litigieuse est identique à celle qui a déjà fait l'objet d'un jugement passé en force (identité de l'objet du litige). Tel est le cas lorsque, dans l'un et l'autre procès, les mêmes parties ont soumis au juge la même prétention en se basant sur les mêmes faits (ATF 140 III 278 consid. 3.3 et les références). En principe, seul le jugement au fond ("Sachurteil") jouit de l'autorité de la chose jugée. Il faut donc que le juge ait examiné le fondement matériel de la prétention déduite en justice ; pour déterminer si cette condition est réalisée, il y a lieu de se référer aux motifs du jugement, même si l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'au dispositif (ATF 128 III 191 consid. 4a ; ATF 125 III 8 consid. 3b ; ATF 123 III 16 consid. 2a ; ATF 121 III 474 consid. 4a ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_146/2012 du 12 novembre 2012 consid. 4.1). Le juge doit interpréter objectivement les conclusions prises dans le premier procès, conformément aux principes généraux et selon les règles de la bonne foi (ATF 105 II 149 consid. 2a). Il ne saurait y avoir identité d'objet entre deux procédures et, partant, chose jugée sur ce point si, dans le premier procès, l'objet du litige n'a pas été jugé au fond, et cela même si le premier juge en a discuté certains éléments dans ses motifs (arrêt du Tribunal fédéral 4C.235/2002 du 23 septembre 2002 consid. 4). Pour dire s'il y a ou non chose jugée, il faut comparer la prétention invoquée dans la seconde procédure avec le contenu objectif du jugement rendu dans le premier procès (arrêt du Tribunal fédéral 4C.21/2002 du 4 avril 2002 consid. 3 et les références). b. En l'occurrence, il n'est pas contesté que la présente cause oppose les mêmes parties que celles qui ont participé à la

procédure close par l'arrêt du TAPI du 19 septembre 2016 (JTAPI/935/2016). Le fait que le demandeur principal ait soumis au TAPI et à la Chambre de céans la même prétention basée sur les mêmes faits, ne saurait toutefois suffire pour retenir que le jugement du TAPI a autorité de chose jugée, comme l'invoque la défenderesse principale. En effet, dans la mesure où le TAPI a déclaré irrecevable la demande en paiement déposée par le demandeur principal en raison de son incompétence, force est de constater qu'il n'a pas jugé au fond l'objet du litige, de sorte qu'il ne saurait y avoir chose jugée sur le droit du demandeur principal à des indemnités journalières pour la période postérieure au 31 décembre 2014, objet de la présente demande.

A/2390/2016 - 9/19 - Le grief de la défenderesse principale doit donc être écarté. 6. La demande principale, laquelle répond par ailleurs aux exigences légales et de forme (art. 130 et 244 CPC), est par conséquent recevable. 7. Selon l'art. 14 CPC, une demande reconventionnelle peut être formée au for de l'action principale lorsqu'elle est dans une relation de connexité avec la demande principale (al. 1). Ce for subsiste même si la demande principale est liquidée pour quelque raison que ce soit (al. 2). Les conditions de recevabilité de la demande reconventionnelle sont celles de la demande (François BOHNET in Bohnet et al. [éd.], Code de procédure civile commenté, n. 86 ad art. 59 CPC). En l'occurrence, la recevabilité de la demande reconventionnelle tendant à la restitution de CHF 41'817.- doit être admise, puisqu'elle porte, comme la demande principale, sur les indemnités journalières pour l'incapacité de travail ayant débuté le 26 juin 2014 en raison de lombalgies. Il n'en va pas de même, en revanche, de la demande de restitution de CHF 115'457.- puisqu'il s'agit d'indemnités journalières versées pour une incapacité de travail due à des troubles psychiques, laquelle n'est pas en relation de connexité avec la demande principale. Partant, la demande reconventionnelle sera déclarée irrecevable en tant qu'elle porte sur la restitution de CHF 115'457.- et recevable en tant qu'elle concerne la restitution de CHF 41'817.-. 8. Le litige concerne, d'une part, le droit du demandeur principal aux indemnités journalières au-delà du 31 décembre 2014 et, d'autre part, le droit de la demanderesse reconventionnelle de réclamer la restitution des indemnités journalières versées pour l'incapacité de travail du 26 juin au 31 décembre 2014. 9. A titre liminaire, il convient d'examiner les arguments avancés par la défenderesse principale s'agissant de l'invalidation du contrat d'assurance n° 2539754, de la fin de la couverture d'assurance au 31 décembre 2012 et de la portée de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_261/2014 du 14 janvier 2015 rendu dans la procédure opposant les parties sur l'incapacité de travail ayant débuté le 16 avril 2012, raison pour laquelle il se justifie de se prononcer dans le cadre d'un arrêt sur partie. 10. 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). 11. 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/2390/2016 - 10/19 - 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 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). 12. 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/2390/2016 - 11/19 - 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). 13. La demanderesse reconventionnelle fait tout d'abord valoir l'invalidation du contrat d'assurance au motif que le défendeur reconventionnel ne l'a pas informée, au moment de signer la police d'assurance le 16 mars 2012, qu'il avait été déclaré en état de faillite depuis le 12 mars 2012. Ce dernier devait donc lui restituer le montant de CHF 41'817.- versés à titre d'indemnités journalières pour l'incapacité de travail du 26 juin au 31 décembre 2014. Le défendeur reconventionnel allègue ne pas avoir su le 16 mars 2012 qu'il avait été déclaré en état de faillite le 12 mars 2012. Il fait valoir également que la demanderesse reconventionnelle savait depuis fin 2012 qu'il était en état de faillite, de sorte qu'elle invoquait tardivement l'invalidation du contrat d'assurance, ce que cette dernière conteste. 14. a. Dans la formation d'un contrat, l'engagement des parties doit se faire librement : la manifestation de volonté doit être le fruit d'une volonté libre et responsable. Dans le cas contraire, il faut reconnaître le droit de se libérer dans une mesure compatible avec la sécurité des affaires. Cette règle se manifeste par les règles sur les vices du consentement, traitée aux articles 23 à 31 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220). Le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de le conclure, était dans une erreur essentielle (art. 23 CO).

A/2390/2016 - 12/19 - On parle d'erreur de base lorsque des éléments de fait importants sur lesquels s'est fondé l'auteur pour former sa volonté ne correspondent pas à la réalité. Dans ce cas, il y a un vice grave dans la formation de la volonté de l'auteur (ATF 132 III 737 ; ATF 118 II 58 consid. 3). L'art. 24 al. 2 prévoit que l'erreur sur les motifs n'est pas essentielle et que celui qui s'est trompé doit en supporter les conséquences. Pour que l'erreur sur les motifs soit essentielle, elle doit pouvoir être qualifiée d'erreur de base au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO. Ainsi, on doit être en présence d'une erreur qui porte sur les faits eux-mêmes et non sur une appréciation subjective, et l'erreur doit pouvoir être qualifiée d'importante, subjectivement (la victime n'aurait pas conclu le contrat sans l'erreur et le caractère essentiel de l'erreur doit avoir été reconnaissable pour l'autre partie : ATF 118 II 297 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_316/2008 du 3 octobre 2008 consid. 4.1) et objectivement (la loyauté commerciale doit permettre à la victime de considérer l'objet de son erreur comme un élément essentiel du contrat : ATF 132 III 737 consid. 1.3 ; ATF 127 III 300 consid. 3c/bb ; ATF 113 II 25 consid. 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 5ème éd., Zurich 2012, p. 173ss.). b. Lorsque ces conditions sont remplies, la victime doit informer son cocontractant qu'elle ne se considère pas liée (art. 31 al. 1 CO) dans un délai d'une année à compter de la découverte de l'erreur (art. 31 al. 2 CO), faute de quoi le contrat est tenu pour ratifié. c. En matière de contrat d'assurance perte de gain soumis à la LCA, une créance en restitution de prestations versées à tort ne dérive pas du contrat d'assurance lui-même, mais ressortit à l'enrichissement illégitime (ATF 42 II 674 consid. 2a ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, 2008, p. 385, n. 867 ; GRABER, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, VVG, Bâle, 2001, n° 3 ad art. 46 LCA ;

MEUWLY, La durée de la couverture d'assurance privée, Fribourg, 1994, p. 207 s) et, conformément à l'art. 67 CO, applicable en raison du renvoi de l'art. 100 LCA, l'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit (voir notamment ATAS/153/2011 du 15 février 2011 et les références citées).

15. a. L'art. 931 al. 2 CO prévoit que toutes les publications exigées par la loi sont faites dans la FOSC; tel est notamment le cas des publications prévues par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP - RS 281.1; Guillaume VIANIN, Commentaire romand CO-II, n. 4 s. ad art. 931 CO). Les cantons ont la possibilité de publier les inscriptions dans d'autres publications officielles, après leur parution dans la FOSC; ces publications, par exemple dans la FAO, ne produisent cependant pas les effets prévus par le droit fédéral (Guillaume VIANIN, op. cit., n. 8 ad art. 931 CO).

Conformément à la possibilité réservée par l'art. 931 al. 2bis CO, la FOSC paraît dorénavant également sous forme électronique, à l'adresse internet [www.shab.ch](http://www.shab.ch). Cette publication a lieu le même jour que la version imprimée (art. 8 al. 1 et 11 al. 1 de l'ordonnance du 15 février 2006 sur la

A/2390/2016 - 13/19 - Feuille officielle suisse du commerce [Ordonnance FOSC – RS 221.415]). L'art. 9 de l'Ordonnance FOSC précise même que c'est la version électronique qui fait foi par rapport à la publication dans la FOSC (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A\_62/2009 du 2 juillet 2009 consid. 2.1 et les références). b. L'art. 932 al. 2 CO prévoit que le moment auquel l'inscription devient opposable aux tiers, soit produit des effets à leur égard, est le jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sur le numéro de la FOSC où est publiée l'inscription. En d'autres termes, puisque la FOSC porte la date du jour de sa parution, l'inscription devient opposable aux tiers le jour ouvrable qui suit celui de sa publication dans la FOSC (Guillaume VIANIN, op. cit., n. 44 ad art. 932 CO; cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A\_62/2009 du 2 juillet 2009 consid. 2.1). Les tiers sont, par rapport à une entité déterminée, toutes les personnes qui n'ont pas un accès privilégié aux informations la concernant et qui doivent ainsi recourir au registre du commerce pour obtenir des renseignements sur son compte (Guillaume VIANIN, op. cit., n. 45 ad art. 932 CO). À teneur de l'art. 933 al. 1 CO, les tiers auxquels une inscription est devenue opposable (cf. art. 932 al. 2 CO) ne peuvent se prévaloir de ce qu'ils l'ont ignorée (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A\_62/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2). Le Tribunal fédéral a ainsi eu l'occasion de souligner l'effet de publicité et de notoriété que le législateur fédéral attache à l'inscription au registre du commerce et à sa publication dans la FOSC (ATF 98 II 211 consid. 4a), même si cet effet se limite uniquement aux circonstances inscrites et ne vaut donc pas pour les conclusions que l'on pourrait en tirer (ATF 123 III 220 consid. 3a). En d'autres termes, les tiers, qui ont un devoir ou même une incombeance de consulter le registre du commerce sont censés en avoir connaissance au moment déterminant. Leur bonne foi n'est pas protégée, qu'elles que soient les raisons de leur méconnaissance (Guillaume VIANIN, op. cit., n. 15 ad art. 933 CO). c. Les faits notoires, qu'il n'est pas nécessaire d'alléguer ni de prouver, sont ceux dont l'existence est certaine au point d'emporter la conviction du juge, qu'il s'agisse de faits connus de manière générale du public ou seulement du juge. Pour être notoire, un renseignement ne doit pas être constamment présent à l'esprit; il suffit qu'il puisse être contrôlé par des publications accessibles à chacun (ATF 135 III 88 consid. 4.1; ATF 134 III 224 consid. 5.2), à l'instar par exemple des indications figurant au registre du commerce, accessibles par internet (ATF 138 II 557 consid. 6.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_509/2014 du 4 février 2015 consid. 2.1). d. En

l'occurrence, tant la question de savoir si la demanderesse reconventionnelle se trouvait effectivement dans une erreur essentielle au moment de conclure le contrat d'assurance, que celle de savoir si elle avait connaissance, depuis fin 2012 déjà, du fait que le défendeur reconventionnel avait été mis en état de faillite le 12 mars 2012, peuvent rester ouvertes pour les motifs qui suivent. Il résulte de l'extrait internet concernant B\_\_\_\_\_ que l'inscription de la mise en faillite a été publiée le vendredi 11 décembre 2015 dans la FOOSC. Par conséquent, cette inscription est devenue opposable à la demanderesse reconventionnelle à compter

A/2390/2016 - 14/19 - du lundi 14 décembre 2015. Il s'ensuit qu'en invoquant, pour la première fois, l'invalidation du contrat dans son écriture du 27 janvier 2017, soit bien plus d'une année plus tard, la demanderesse reconventionnelle n'a pas agi dans le délai légal imposé par l'art. 31 CO. En outre, sa demande en restitution, introduite devant la Chambre de céans le 27 janvier 2017, est prescrite. On ajoutera encore que le fait que le bail pour l'arcade commerciale ait été résilié avec effet au 31 juillet 2010 et qu'un jugement du 17 décembre 2010 ait ordonné l'évacuation du défendeur reconventionnel des locaux ne suffisent pas à retenir, comme le fait valoir la demanderesse reconventionnelle, que le défendeur reconventionnel ne pouvait plus exercer d'activité lucrative dans son entreprise au moment où il lui a adressé la proposition d'assurance le 4 janvier 2012 ou au moment où il a signé la police d'assurance le 16 mars 2012. La Chambre de céans relèvera d'ailleurs que suite à l'incapacité de travail débutée le 9 juillet 2012, un entretien a eu lieu entre les parties dans la teinturerie du défendeur reconventionnel, où celui-ci y travaillait encore à temps partiel (rapport de la demanderesse reconventionnelle du 12 juillet 2012 cité au ch. 6 de l'ATAS/289/2014 du 11 mars 2014). Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que le contrat d'assurance n° 2539754 n'a pas été invalidé à satisfaction de droit par la demanderesse reconventionnelle. Sa demande en restitution de CHF 41'817.-, versés à titre d'indemnités journalières pour l'incapacité de travail du 26 juin au 31 décembre 2014, sera par conséquent rejetée. 16. La défenderesse fait valoir que dans la mesure où le demandeur a remis définitivement son commerce le 31 décembre 2012 et qu'il n'a pas demandé son transfert dans l'assurance individuelle, la couverture d'assurance et le droit aux prestations ont pris fin à cette date. 17. a. La LCA ne contient pas de règles d'interprétation des contrats. Comme elle renvoie au code des obligations pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même (art. 100 al. 1 LCA), la jurisprudence en matière de contrat est applicable. Il s'ensuit que, lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu d'un contrat d'assurance et des conditions générales et/ou particulières qui en font partie intégrante, le juge doit, comme pour tout autre contrat, tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 du Code des obligations du 30 mars 1911, CO ; RS 220). 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 ; ATF 133 III 675 consid. 3.3). A cet égard, les conditions générales, lorsqu'elles ont été incorporées au contrat, en font partie intégrante; elles doivent être interprétées selon les mêmes principes que les autres

A/2390/2016 - 15/19 - dispositions contractuelles (ATF 133 III 675 consid. 3.3; ATF 122 III 118 consid. 2a). b. En l'espèce, la police d'assurance perte de gain valable à partir du 1er

mars 2012, prévoit une indemnité journalière en cas de maladie ou d'accident couvrant le 100% du salaire assuré, soit le salaire annuel convenu de CHF 96'000.-, durant 730 jours par cas sous déduction d'un délai d'attente de 30 jours par cas également. L'art. 12 CGA dispose qu'en cas d'incapacité de travail complète médicalement attestée, [l'assureur] verse l'indemnité journalière convenue dans le contrat. Conformément à l'art. 13 CGA, en cas d'incapacité de travail partielle d'au moins

#### **E. 25**

%, l'indemnité journalière est versée proportionnellement au degré de cette incapacité de travail. L'art. 16 CGA précise qu'on entend par incapacité de travail l'inaptitude partielle ou totale de l'assuré à fournir le travail que l'on peut raisonnablement attendre de lui dans sa profession actuelle ou son domaine de tâches, cela en raison d'une atteinte à sa santé physique ou psychique. Au bout de trois mois d'incapacité de travailler, l'exercice d'une activité dans une autre profession ou un autre domaine de tâches est envisagé, dans les limites de ce que l'on peut raisonnablement attendre de l'assuré. Aux termes de l'art. 21 CGA, l'indemnité journalière est allouée au maximum pendant la durée fixée dans le contrat. Le délai d'attente convenu est déduit de la durée de paiement des prestations. Sauf arrangements contractuels contraires, le droit aux indemnités s'éteint avec l'écoulement de la durée maximum de versement des prestations dans un cas de maladie, qu'il s'agisse des cas de maladie déjà survenus ou de ceux qui surviendraient au futur. L'art. 24 CGA précise que les jours d'incapacité partielle de travail d'au moins 25 % comptent comme jours entiers pour le calcul de la durée des prestations. Selon l'art. 42 CGA, la couverture d'assurance prend fin pour chaque assuré : - lors de son départ de l'entreprise assurée, - à l'extinction du contrat, - lorsqu'il atteint l'âge de 70 ans, - en cas de séjour hors de Suisse et de la principauté du Liechtenstein, après 24 mois, - à l'épuisement du droit aux prestations. En cas de sortie du groupe des assurés ou d'extinction du contrat, l'assuré domicilié en Suisse ou dans la principauté du Liechtenstein a le droit de passer dans l'assurance individuelle. Il doit pour cela faire valoir son droit de passage par écrit dans les 90 jours (art. 43 CGA). En vertu de l'art. 25 CGA, après extinction de la couverture d'assurance, l'obligation qui [...] incombe [à l'assureur] de verser des prestations s'éteint.

A/2390/2016 - 16/19 - c. La Chambre de céans a déjà admis qu'aux termes des CGA de la défenderesse, l'assuré qui ne fait plus partie du cercle des bénéficiaires et n'a pas sollicité son passage dans l'assurance individuelle ne peut pas prétendre aux indemnités journalières (ATAS/898/2015 du 23 décembre 2015; ATAS/422/2013 du 25 avril 2013 consid. 7). d. En l'occurrence, au vu des arrêts concernant la police d'assurance n° \_\_\_\_\_ que la Chambre de céans et le Tribunal fédéral ont déjà rendus (ATAS/289/2014 et 4A\_261/2014), la Chambre de céans s'étonne que la défenderesse invoque la fin de la couverture d'assurance au 31 décembre 2012 au motif que le demandeur a mis fin à son activité d'indépendant. En effet, dans son arrêt précité, la Chambre de céans a retenu que par courrier du 19 octobre 2012, le demandeur a annoncé à la défenderesse qu'il avait mis un terme à son activité d'indépendant le 16 octobre 2012 et qu'il souhaitait connaître les démarches pour pouvoir « continuer dans l'assurance individuelle » (ch. 10). La Chambre de céans a estimé que bien que la défenderesse n'ait pas répondu à ce courrier, la question d'une continuation en assurance individuelle après le départ de l'entreprise assurée (art. 42 CGA) ne se posait pas car la défenderesse avait précisé, dans son écriture du 12 juillet 2013, que « s'agissant d'un contrat collectif où une seule personne est assurée et en incapacité totale de travail, un transfert en assurance individuelle n'est pas effectué [...], les indemnités journalières

continuant d'être imputées au contrat collectif » (consid. 6). Qui plus est, on relèvera que suite à l'annonce par le demandeur, le 19 octobre 2012, de la fin de son activité d'indépendant, la défenderesse a continué à facturer les primes d'assurance jusqu'au 31 décembre 2015, démontrant par-là, sa volonté de maintenir la couverture d'assurance malgré la remise du commerce. Force est donc de constater que la fin de l'activité d'indépendant du demandeur n'a pas mis fin à la couverture d'assurance police n° \_\_\_\_\_. Compte tenu de ce qui précède, l'argument de la défenderesse, selon lequel la couverture d'assurance a pris fin au 31 décembre 2012, doit être écarté. 18. La défenderesse fait également valoir que le Tribunal fédéral a tranché définitivement le droit du demandeur à des indemnités journalières jusqu'au 5 novembre 2013 seulement (arrêt 4A\_261/2014 du 14 janvier 2015), de sorte qu'il n'aurait pas droit à des prestations postérieurement à cette date. On relèvera que la procédure, qui a fait l'objet de l'arrêt précité du Tribunal fédéral, concernait l'incapacité de travail du demandeur pour des troubles psychiques dès le 16 avril 2012, alors que la présente procédure concerne le droit du demandeur à des prestations pour une éventuelle incapacité de travail en raison de troubles somatiques dès le 1er janvier 2015.

A/2390/2016 - 17/19 - Dans la mesure où l'arrêt du Tribunal fédéral (4A\_261/2014) et la présente procédure ne portent pas sur le même objet, l'argument de la défenderesse tombe par conséquent à faux. 19. La Chambre de céans relèvera qu'en cas de recours, le Tribunal fédéral pourrait, sur certaines questions tranchées ci-dessus, rendre une décision contraire mettant fin au procès et permettant de réaliser une économie de temps et de frais appréciable (art. 237 al. 1 CPC et 308 al. 1 let. a CPC). Par conséquent, la question litigieuse du droit du demandeur principal à des indemnités journalières à compter du 1er janvier 2015 sera examinée ultérieurement, dès l'entrée en force du présent jugement. 20. Compte tenu de ce qui précède, la Chambre de céans déclarera recevables la demande principale et la demande reconventionnelle en tant que celle-ci porte sur le remboursement de CHF 41'817.-; et irrecevable la demande reconventionnelle en tant qu'elle porte sur le remboursement de CHF 115'457.-. La demande reconventionnelle sera rejetée, et il sera dit que le contrat d'assurance n'a pas pris fin au 31 décembre 2012 et que l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_261/2014 du 14 janvier 2014 ne concerne pas le droit du demandeur principal au versement d'indemnités journalières postérieurement au 31 décembre 2014. 21. Les cantons sont compétents pour fixer le tarif des frais comprenant les dépens (art. 96 CPC en relation avec l'art. 95 al. 3 let. b). 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). Le demandeur principal/défendeur reconventionnel, représenté par un conseil, et obtenant gain de cause, la défenderesse principale/demanderesse reconventionnelle est condamnée à lui verser une indemnité de CHF 2'865.- à titre de dépens, TVA et débours inclus (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, 85 et 87 du RTFMC). 22. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 114 let. e CPC).

A/2390/2016 - 18/19 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant sur partie À la forme :

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