

## **GE\_GERICHTE A/1542/2011 vom 29. November 2011**

GE Cour de justice, 2011-11-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_1542\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1542_2011)

FR: GE\_GERICHTE A/1542/2011 du 29 novembre 2011

IT: GE\_GERICHTE A/1542/2011 del 29 novembre 2011

### **Regeste**

LOI FÉDÉRALE SUR LE CONTRAT D'ASSURANCE; ASSURANCE COMPLÉMENTAIRE ; ASSURANCE-MALADIE PRIVÉE; INDEMNITÉ JOURNALIÈRE; FUSION; CESSION DE CONTRAT; LIBRE PASSAGE(ASSURANCES); ERREUR ESSENTIELLE ; NULLITÉ | Lorsqu'une entreprise qui a couvert son personnel contre la perte de gain par une assurance-collective est reprise par une autre entreprise ayant également souscrit une assurance collective, la convention de libre passage entre les assureurs d'indemnité journalière détermine l'assureur tenu à prestation et les prestations dues pour les sinistres en cours. En tant qu'il n'avait pas connaissance de la fusion lorsqu'il a accepté le transfert de l'assuré dans l'assurance individuelle, le premier assureur se trouvait dans une erreur essentielle puisqu'il s'est basé sur des faits qui constituaient des éléments nécessaires du contrat et que la loyauté commerciale lui permettait de tenir pour réalisés. En acceptant le droit de passage de l'assuré dans l'assurance individuelle avec augmentation des prestations, l'assureur subséquent a conclu un nouveau contrat d'assurance qui est nul dès lors que le sinistre était déjà intervenu (inadmissibilité de l'assurance rétroactive). | CO 23; CO 24 al. 1; LCA 9; LCA 41 al. 1

### **Volltext**

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 29.11.2011 A/1542/2011

LOI FÉDÉRALE SUR LE CONTRAT D'ASSURANCE; ASSURANCE COMPLÉMENTAIRE ; ASSURANCE-MALADIE PRIVÉE; INDEMNITÉ JOURNALIÈRE; FUSION; CESSION DE CONTRAT; LIBRE PASSAGE(ASSURANCES); ERREUR ESSENTIELLE ; NULLITÉ | Lorsqu'une entreprise qui a couvert son personnel contre la perte de gain par une assurance-collective est reprise par une autre entreprise ayant également souscrit une assurance collective, la convention de libre passage entre les assureurs d'indemnité journalière détermine l'assureur tenu à prestation et les prestations dues pour les sinistres en cours. En tant qu'il n'avait pas connaissance de la fusion lorsqu'il a accepté le transfert de l'assuré dans l'assurance individuelle, le premier assureur se trouvait dans une erreur essentielle puisqu'il s'est basé sur des faits qui constituaient des éléments nécessaires du contrat et que la loyauté commerciale lui permettait de tenir pour réalisés. En acceptant le droit de passage de l'assuré dans l'assurance individuelle avec augmentation des prestations, l'assureur subséquent a conclu un nouveau contrat d'assurance qui est nul dès lors que le sinistre était déjà intervenu (inadmissibilité de l'assurance rétroactive). | CO 23; CO 24 al. 1; LCA 9; LCA 41 al. 1

A/1542/2011 ATAS/1193/2011 (2) du 29.11.2011 ( LCA ) , PARTIELMNT ADMIS  
Descripteurs : LOI FÉDÉRALE SUR LE CONTRAT D'ASSURANCE; ASSURANCE  
COMPLÉMENTAIRE ; ASSURANCE-MALADIE PRIVÉE; INDEMNITÉ  
JOURNALIÈRE; FUSION; CESSION DE CONTRAT; LIBRE  
PASSAGE(ASSURANCES); ERREUR ESSENTIELLE ; NULLITÉ Normes : CO 23; CO  
24 al. 1; LCA 9; LCA 41 al. 1 Résumé : Lorsqu'une entreprise qui a couvert son personnel  
contre la perte de gain par une assurance-collective est reprise par une autre entreprise ayant  
également souscrit une assurance collective, la convention de libre passage entre les  
assureurs d'indemnité journalière détermine l'assureur tenu à prestation et les prestations  
dues pour les sinistres en cours. En tant qu'il n'avait pas connaissance de la fusion lorsqu'il  
a accepté le transfert de l'assuré dans l'assurance individuelle, le premier assureur se trouvait  
dans une erreur essentielle puisqu'il s'est basé sur des faits qui constituaient des éléments  
nécessaires du contrat et que la loyauté commerciale lui permettait de tenir pour réalisés. En  
acceptant le droit de passage de l'assuré dans l'assurance individuelle avec augmentation des  
prestations, l'assureur subséquent a conclu un nouveau contrat d'assurance qui est nul dès  
lors que le sinistre était déjà intervenu (inadmissibilité de l'assurance rétroactive). En fait En  
droit RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/1542/2011  
ATAS/1193/2011 COUR DE JUSTICE Chambre des assurances sociales Arrêt du 29  
novembre 2011 2 ème Chambre En la cause Monsieur P \_\_\_\_\_, domicilié à VIRY,  
FRANCE demandeur contre SWICA ASSURANCE-MALADIE SA, sise Römerstrasse 38,  
8401 WINTERTHUR et HELSANA ASSURANCES SA, sise Zürichstrasse 130, 8600  
DÜBENDORF intimées EN FAIT Monsieur P \_\_\_\_\_ (ci-après l'assuré ou le  
demandeur), en 1968, a été engagé en qualité d'aide monteur par l'entreprise  
X \_\_\_\_\_ SA (ci-après X \_\_\_\_\_) à Genève en date du 8 juin 2007. Il a conclu  
avec X \_\_\_\_\_ un contrat de mission de trois mois, laquelle s'effectuait auprès de  
l'entreprise Y \_\_\_\_\_ SA. Ce contrat a été prolongé, pour une durée indéterminée, le  
5 septembre 2007. L'assuré était soumis au contrat cadre de travail de X \_\_\_\_\_,  
lequel prévoyait notamment qu'il devait être complété par un ou plusieurs contrats de  
mission et qu'il ne prenait effet qu'avec l'acceptation par le travailleur d'un travail précis,  
dans une entreprise définie. L'assuré bénéficiait, en qualité d'employé de X \_\_\_\_\_,  
d'une assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie, souscrite par  
l'employeur, auprès de la SWICA ASSURANCE-MALADIE SA (ci-après la SWICA). La  
police d'assurance prévoyait, pour l'ensemble du personnel non soumis à la convention  
collective de travail de la Métallurgie du Bâtiment et après une durée effective de travail de  
6 mois, une indemnité journalière en cas de maladie couvrant le 80% du salaire, pendant  
180 jours, puis 2 fr. par jour jusqu'au 720 ème jour, après un délai d'attente de deux jours.  
A compter du 10 mars 2008, l'assuré a été en totale incapacité de travailler pour une durée  
indéterminée. Par contrat du 26 mars 2008, X \_\_\_\_\_ et Z \_\_\_\_\_ (Schweiz)  
AG (ci-après Z \_\_\_\_\_) ont fusionné, la seconde reprenant les actifs et les passifs de  
la première (fusion par absorption). En date 11 avril 2008, X \_\_\_\_\_ a ainsi été radiée  
du registre du commerce et la fusion avec Z \_\_\_\_\_ inscrite au journal. La radiation et  
la fusion ont été publiées dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) en date du  
17 avril 2008. Par avis de maladie daté du 14 avril 2008, X \_\_\_\_\_ a informé la  
SWICA que l'assuré était en totale incapacité de travail depuis le 10 mars 2008 et qu'il  
avait repris une activité lucrative le 24 mars 2008. Son horaire de travail hebdomadaire était  
de 42.52 heures, son salaire horaire brut de 21 fr. 44, complété par 1 fr. 79 et 0 fr. 77  
d'indemnités pour les vacances et jours fériés et de 2 fr. pour le 13 ème salaire. Elle a joint à

son avis, deux certificats du Dr A\_\_\_\_\_. Le premier du 10 mars 2008 attestait que l'assuré nécessitait une interruption de travail jusqu'au 23 mars 2008 et le second du 5 au 27 avril 2008. Par pli du 26 juin 2008, la SWICA a indiqué à l'assuré prendre note de la fin de ses relations de travail avec X\_\_\_\_\_ au 31 mai 2008 et lui a signalé que conformément aux Conditions générales d'assurances (ci-après CGA), la couverture d'assurance et les prestations cessaient à cette date-là, de sorte qu'elle lui offrait la possibilité, conformément à l'art. 47 des CGA et sans examen de santé, de poursuivre les garanties souscrites par son employeur, en concluant une police d'assurance d'indemnités journalières individuelle SALARIA selon la LCA. Cette démarche lui permettait, en cas d'acceptation de la proposition, de continuer à percevoir une allocation de la SWICA aussi longtemps que les conditions étaient réalisées. En date du 2 juillet 2008, l'assuré a ainsi déclaré à la SWICA qu'il souhaitait, conformément à l'art. 47 des CGA, poursuivre sa couverture d'assurance sous la forme d'une police d'assurance SALARIA, selon les conditions suivantes : transfert en date du 1<sup>er</sup> juin 2008, indemnité journalière assurée de 116 fr. par jour dès le 3<sup>ème</sup> jour pour une prime mensuelle de 262 fr. 15. Ladite police était régie par les CGA SALARIA en vigueur à la date du transfert. La SWICA a ainsi établi, en date du 7 juillet 2008, une police d'assurance en faveur de l'assuré, valable dès le 1<sup>er</sup> juin 2008, et reprenant les conditions susvisées. Par pli du 7 juillet 2008 de XA\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG, la SWICA a été informée que Z\_\_\_\_\_ avait absorbé X\_\_\_\_\_ par contrat de fusion du 26 mars 2008 et que tous les employés (internes et externes) étaient transférés à Z\_\_\_\_\_. La SWICA a également été invitée à annuler la police d'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie conclue avec X\_\_\_\_\_, avec effet au 1<sup>er</sup> mai 2008, et à transmettre une confirmation d'annulation de la police et un formulaire pour la déclaration de la masse salariale du 1<sup>er</sup> janvier au 30 avril 2008. Par pli du 28 juillet 2008, la SWICA a indiqué à Z\_\_\_\_\_ qu'elle s'adresserait directement à la HELSANA, afin d'obtenir le remboursement du sinistre indemnisé du 1<sup>er</sup> au 19 mai 2008 en faveur de l'assuré (2'203 fr. 85) et la prise en charge du libre passage subséquent accordé à celui-ci. Le 6 août 2008, la SWICA a sollicité de la HELSANA le remboursement du sinistre indemnisé à tort, du 1<sup>er</sup> au 19 mai 2008, en faveur de l'assuré. La HELSANA a alors remboursé à la SWICA le montant de 2'203 fr. 85. La HELSANA a également versé des indemnités journalières à l'assuré pour la période courant du 20 mai au 5 septembre 2008, date à laquelle elle a considéré que la durée d'indemnisation de 180 jours était achevée. Par pli du 7 août 2008, la SWICA a expliqué à l'assuré qu'elle se voyait dans l'obligation d'annuler ses prestations d'assurance ainsi que son transfert en assurance individuelle. En effet, X\_\_\_\_\_ à Genève n'était plus au bénéfice d'une couverture d'assurance perte de gain maladie auprès d'elle. Par pli du 11 septembre 2008 adressé à Z\_\_\_\_\_, la HELSANA a constaté que l'assuré était en incapacité de travail depuis le 10 mars 2008 et percevait des prestations d'une assurance indemnités journalières collective selon la LCA. Les prestations étaient servies pendant une durée maximale de 180 jours, de sorte que le droit de l'assuré à des prestations avait pris fin le 5 septembre 2008, date à laquelle la HELSANA mettait également fin à la couverture d'assurance. Copie de ce courrier a été envoyé à l'assuré. Par pli du 4 mai 2009, la HELSANA a reconnu à l'assuré le droit d'être transféré, dans les trois mois dès réception du courrier, dans l'assurance individuelle d'indemnités journalières, avec effet au 1<sup>er</sup> septembre 2008. Les prestations resteraient identiques, si l'assuré pouvait apporter la preuve d'une perte de travail non couverte lors d'une incapacité de travail. Par formulaire daté du 24 juin 2009, l'assuré a déclaré à la HELSANA vouloir maintenir une assurance

individuelle d'indemnités journalières, être toujours en incapacité de travail pour maladie, ne pas toucher d'indemnités de chômage et ne pas avoir conclu de nouveau contrat de travail. Dans ce même formulaire, Z\_\_\_\_\_ a indiqué que l'assuré avait travaillé dans l'entreprise, du 8 juin 2007 au 30 mai 2008, pour un salaire horaire de 26 fr. et que l'assurance collective d'indemnités journalières prévoyait une indemnité couvrant le 80% du salaire durant 180 jours après un délai d'attente de trois jours. La HELSANA signalant ne pas avoir reçu le formulaire du 24 juin 2009, l'assuré a complété deux offres d'assurance de la HELSANA et les lui a transmises le 24 février 2010, sollicitant la conclusion de l'assurance d'indemnités journalières SALARIA, soumise à la LCA, et prévoyant une indemnité journalière de 127 fr. durant 720 jours, après 30 jours, respectivement 60 jours de délai d'attente. Par pli du 4 mars 2010, la HELSANA a confirmé à l'assuré son admission à titre individuel pour une indemnité journalière en cas de maladie de 127 fr. par jour pour une durée de prestations de 730 jours, avec un délai d'attente de 3 jours (catégorie SALARIA selon la LCA). La police d'assurance lui parviendrait prochainement. Le 22 mars 2010, la HELSANA a expliqué à l'assuré qu'elle ne pouvait pas procéder au transfert en assurance individuelle au 1<sup>er</sup> septembre 2008. En effet, lors de l'analyse de la demande de transfert, seul le domicile avait été examiné et non pas la fin du droit aux prestations. Elle lui a également fait parvenir une copie des décomptes envoyés à Z\_\_\_\_\_, lesquels mentionnaient, en page 6, que le droit à 180 indemnités journalières avait été épuisé, de sorte qu'elle ne pouvait pas conclure un contrat allant au-delà de ces 180 indemnités auxquelles il avait droit. En date des 18 et 22 juin 2010, l'assuré a fait notifier deux commandements de payer, l'un à la HELSANA (poursuite no 122242) et l'autre à la SWICA (poursuite no 205968), auxquels celles-ci ont toutes deux formé opposition. L'assuré requérait de chacune des assurances, le paiement d'une somme de 52'925 fr., avec intérêts à 5% dès le 31 janvier 2009, et de 100 fr. de frais administratifs. Par acte du 24 mai 2011, l'assuré a déposé une demande en paiement contre la HELSANA et la SWICA, concluant principalement, au paiement par la HELSANA d'une somme de 59'925 fr., au titre du solde des indemnités journalières pour la période du 6 septembre 2008 au 25 août 2009, avec intérêts à 5% l'an, sous suite de dépens et subsidiairement, au paiement par la SWICA de ce même montant, avec intérêts à 5% en sus. Il requérait, plus subsidiairement encore, que la HELSANA et la SWICA soient condamnées solidairement à verser ce montant, avec intérêts à 5% l'an. Le demandeur fait valoir que la police d'assurance de la SWICA pour l'assurance d'indemnités journalières individuelle SALARIA, qu'il avait acceptée en date du 7 juillet 2008, était valable, la SWICA n'ayant pas refusé la proposition de modifier le contrat dans le délai légal. La SWICA n'avait ainsi pas le droit d'annuler ce contrat. Par ailleurs, la fusion n'avait, d'après lui, juridiquement aucune influence sur ce contrat, attendu qu'il était déjà sorti de la communauté des assurés. Enfin, même si la HELSANA avait décidé de reprendre le contrat conclu avec la SWICA, elle ne pouvait le faire qu'aux conditions dudit contrat. Invitée à se déterminer, la SWICA, dans sa réponse du 17 juin 2011, a conclu au rejet de la demande en paiement. Elle invoque avoir été victime d'une erreur essentielle, attendu qu'elle ne savait pas qu'il y avait eu une reprise des rapports de travail au 30 avril 2008 par un nouvel employeur, lorsqu'elle a accordé à l'assuré le droit au transfert en assurance individuelle. Si elle l'avait su, elle ne lui aurait jamais accordé ce droit au transfert au 1<sup>er</sup> juin 2008, conformément à ses CGA. C'était ainsi à juste titre qu'elle avait annulé cette police d'assurance individuelle par courrier du 7 août 2008. La HELSANA, assureur collectif du nouvel employeur, avait d'ailleurs assuré le demandeur dès le 1<sup>er</sup> mai 2008 et avait remboursé les prestations que la SWICA lui avait

versé du 1<sup>er</sup> au 19 mai 2008. Par réponse du 22 juin 2011, la HELSANA a conclu, principalement, à l'irrecevabilité de la demande et subsidiairement, à son rejet et au déboutement du demandeur de toutes autres ou plus amples conclusions. Il a considéré que la procédure de céans aurait dû être précédée d'une tentative de conciliation, de sorte que la demande devait être déclarée irrecevable. Pour le surplus, elle a estimé que conformément au contrat d'assurance collectif, le demandeur avait uniquement le droit d'être indemnisé durant 180 jours d'incapacité de travail, de sorte que son droit aux indemnités journalières s'était épuisé en date du 5 septembre 2008. Partant, dès lors que le droit au transfert n'existait pas, d'après ses CGA, si les prestations du contrat collectif étaient épuisées, le transfert dans l'assurance individuelle d'indemnités journalières soumise à la LCA n'était pas possible. Qui plus est, le droit audit transfert était également exclu, d'après les CGA, pour les personnes qui, comme le demandeur, n'avaient pas de revenu assurable et ne prétendaient même pas en avoir un. Enfin, conformément au principe de la rétroassurance, la HELSANA ne pouvait pas être obligée de prendre en charge un cas d'indemnité journalière qui avait débuté avant la conclusion du contrat individuel, attendu que le risque était déjà survenu. Ainsi, même si le demandeur avait droit au transfert, la période postérieure au 5 septembre 2008 ne pouvait pas être indemnisée. Par écriture du 5 juillet 2011, la HELSANA a persisté dans ses conclusions. Elle a ajouté avoir pris note du contenu de la police d'assurance liant la SWICA et X\_\_\_\_\_ et a retenu que même s'il devait être considéré qu'elle avait repris ledit contrat d'assurance et qu'elle devait assurer les employés de X\_\_\_\_\_ dès le 1<sup>er</sup> mai 2008 aux mêmes conditions que la SWICA, le demandeur n'aurait droit, du 6 septembre 2008 au 25 août 2009, qu'à une indemnité de 2 fr. par jour, soit à 706 fr. pour 353 jours, et ce pour autant qu'il parvienne à prouver une incapacité de travail. En outre, toute preuve de revenu assurable faisant défaut, le demandeur ne pouvait pas bénéficier d'un droit au transfert dans l'assurance individuelle perte de gain maladie. Par acte du 14 juillet 2011, la SWICA a également persisté dans ses conclusions. Elle a constaté qu'en vertu du contrat cadre de travail liant le demandeur à son ancien employeur, le demandeur n'avait droit, en cas de maladie, qu'à des prestations durant 180 jours, prestations qu'il avait perçues tant de la SWICA que de la HELSANA. Elle a également confirmé que suite à la fusion, la HELSANA avait repris, au 1<sup>er</sup> mai 2008, le contrat collectif pour le même cercle d'assurés sur la base de la convention de libre passage. Le 20 juillet 2011, le demandeur a confirmé les conclusions de sa demande. Il conteste tout d'abord que les conditions permettant d'exclure un droit de passage dans l'assurance individuelle soient réalisées, comme le soutient la SWICA. De plus, même si un tel droit de passage n'existait pas, le droit à l'assurance individuelle pouvait se fonder sur la police d'assurance qui lui avait été adressée le 7 juillet 2008. En effet, c'était à tort que la SWICA avait invoqué l'erreur essentielle, attendu que la fusion de X\_\_\_\_\_ et de Z\_\_\_\_\_ avait été publiée avant que la SWICA lui accorde un droit de passage, de sorte qu'elle devait connaître ce fait et aurait dû se renseigner, si nécessaire, auprès de son ancien employeur. Par ailleurs, le demandeur a estimé qu'il était contraire à la bonne foi que la HELSANA requière une procédure de conciliation préalable, alors même qu'elle ne la souhaite pas. Il fait également valoir que la Cour de céans avait déjà statué sur cette question, considérant que la procédure de conciliation n'était pas obligatoire. Il estime également que c'était à tort que la HELSANA avait fait fi du droit de passage accordé par la SWICA ou par elle-même, avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> septembre 2008, et que ce droit avait été donné avant l'épuisement du droit aux prestations invoqué par la HELSANA. Enfin, il a considéré qu'en raison de la fusion, la HELSANA se subrogeait aux obligations assumées

jusqu'alors par la SWICA, de sorte qu'elle devait non seulement reprendre les obligations découlant du contrat collectif, mais également du contrat d'assurance individuelle. Sur requête de la Cour de céans, la HELSANA a produit, par pli du 22 septembre 2011, la convention de libre passage entre les assureurs d'indemnités journalières maladie, valable pour la SWICA et la HELSANA, édition janvier 2006, la liste des assureurs y ayant adhéré, ainsi que l'interprétation par l'Association Suisse d'Assurances de la convention, et en particulier la réponse à la question suivante : « Cas de sinistres en cours : quelles sont les CGA qui s'appliquent en cas de changement d'assureur ? ». D'après la HELSANA, l'art. 4 al. 2 de ladite convention prévoyait que les conditions d'assurance de l'assureur antérieur - pour le moins s'agissant du montant de l'indemnité journalière, du délai d'attente et de la durée des prestations - étaient applicables en cas de changement d'assureur dans le cas d'un sinistre en cours, comme cela était le cas en l'espèce. Partant, elle admettait devoir verser au demandeur le montant de 706 fr. pour la période du 6 septembre 2008 au 25 août 2009, soit 353 jours à 2 fr., ce qui était prévu par les conditions d'assurance de la SWICA. En revanche, la HELSANA a maintenu ses conclusions tendant à l'irrecevabilité de la demande, de sorte qu'elle requérait qu'une décision incidente sur la compétence de la Cour de céans, en l'absence de conciliation préalable, soit rendue. Par pli du 23 septembre 2011, la SWICA a également transmis à la Cour de céans la convention de libre passage entre les assureurs d'indemnités journalières maladie ainsi que la liste des assureurs qui y ont adhéré, soit notamment la HELSANA et la SWICA. Une audience de comparution personnelle s'est tenue en date du 11 octobre 2011, lors de laquelle le demandeur a déclaré qu'il travaillait à nouveau depuis le 24 août 2009, que son incapacité de travail depuis le 10 mars 2008 était due à une dépression et qu'à la fin des indemnités perte de gain maladie le 5 septembre 2008, son frère l'avait aidé, étant précisé qu'il n'avait perçu aucune autre indemnité postérieurement à cette date, et en particulier pas d'indemnités de chômage. Son intention, lors de la conclusion du contrat individuel, était de bénéficier des indemnités perte de gain maladie au-delà du 5 septembre 2008, pour l'évènement du 10 mars 2008. Par ailleurs, il a indiqué que le représentant de la SWICA, qui était venu à son domicile, lui avait expliqué que la loi permettait, durant une période de deux mois après la résiliation du contrat de travail, de conclure un contrat individuel, ce qu'il avait accepté. Aucun représentant n'était venu de la HELSANA, il avait reçu de celle-ci une proposition d'assurance par écrit. Lorsqu'il a conclu le contrat avec la SWICA, il a compris que la HELSANA le reprenait en totalité. A son avis, lorsqu'un contrat était conclu, il devait être respecté. Il s'en suivait qu'il avait droit aux indemnités journalières convenues jusqu'au 24 août 2009, date à laquelle il avait repris une activité lucrative à plein temps. Il avait été suivi jusqu'alors par son généraliste, lequel lui prescrivait des médicaments contre la dépression. Lorsque son médecin l'a déclaré apte au travail à 100%, il avait retrouvé du travail en une semaine, par le biais d'une agence temporaire. Enfin, il avait perçu son salaire jusqu'au 31 mai 2008, puis les indemnités journalières de la HELSANA jusqu'au 6 septembre 2008. Il a refusé de transiger sur la base d'une indemnité journalière de 2 fr. par jour, du 6 septembre 2008 au 24 août 2009. La représentante de la SWICA a précisé que la SWICA ASSURANCE-MALADIE SA était l'assureur perte de gain maladie de X \_\_\_\_\_ et que la convention de libre passage produite lui était applicable. Le dernier versement d'indemnités avait eu lieu le 11 juin 2008, il s'agissait des dernières indemnités jusqu'au 19 mai 2008. En date du 3 juillet 2008, il avait été envisagé de verser les indemnités subséquentes, mais le paiement avait été retenu, en raison de l'information sur la fusion résultant du courrier du 7 juillet 2008. Lors du transfert des assurés de la SWICA à la

HELSANA, le seul sinistre en cours était celui concernant le demandeur, de sorte qu'il avait suffi d'obtenir le remboursement des indemnités versées du 1<sup>er</sup> au 19 mai 2008. Les indemnités de la SWICA ont été versées sur la base des certificats médicaux du médecin traitant, mais elle s'était réservée le droit, en juillet 2008, de procéder à une expertise. Le représentant de la HELSANA a également confirmé que la convention de libre passage était applicable à la HELSANA ASSURANCES SA. Il lui semblait que le contrat et les conditions générales en vigueur entre la SWICA et X\_\_\_\_\_ avaient été appliquées à l'assuré. C'était ainsi bien en application des conditions du contrat de la SWICA qu'un terme avait été mis au versement des indemnités après 180 jours. Pour les autres employés de X\_\_\_\_\_, qui n'étaient pas incapables de travailler lors du transfert, il pensait que le contrat en vigueur entre la HELSANA et Z\_\_\_\_\_ leur avait été appliqué. Il a soutenu que la clause 991 de ce contrat entre la HELSANA et Z\_\_\_\_\_ concernait les contrats conclus pour une durée déterminée, toutefois, après réflexion, cette clause s'appliquait aux contrats de durée indéterminée, mais c'était la durée effective de la mission déjà accomplie qui déterminait la durée du droit aux prestations. Ainsi, si le demandeur avait déjà été assuré chez la HELSANA lors de l'évènement du 10 mars 2008, les indemnités auraient été limitées à 180 jours, dès lors que l'activité avait duré six mois. En outre, lors de la proposition faite à l'assuré en mars 2010, le représentant de la HELSANA n'a pas réalisé que l'assuré avait épuisé son droit aux prestations, de sorte qu'il s'agissait d'une erreur. L'article 11.6 let. c des CGA de la HELSANA excluait le passage en individuel lorsqu'il n'y avait pas de revenu assurable, lequel pouvait être des indemnités de chômage dans le cas du demandeur. Pour le surplus, l'offre de verser les 2 fr. par jour prévus par le contrat de la SWICA n'était pas conditionnée à la vérification de l'état de santé et de l'incapacité de travail. Par pli du 24 octobre 2011, la Cour a accordé un délai au 11 novembre aux parties pour se déterminer, le cas échéant. Sur ce, la cause a été gardée à juger le 12 novembre 2011. EN DROIT Selon les art. 2.5 des CGA pour l'assurance indemnités journalières collective Helsana Business Salary selon la LCA, édition 2006 (ci-après CGA de la HELSANA), 1 let. b des CGA régissant l'assurance collective indemnité journalière selon la LCA de la SWICA, édition 1998 (ci-après CGA de la SWICA) et 1 ch. 2 des Conditions spéciales de l'assurance d'indemnités journalières SALARIA selon la LCA de la SWICA, édition 2005 (ci-après CS SALARIA de la SWICA), les assurances en cause dans le présent litige sont soumises à la loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (LCA ; RS 221.229.1). a) Conformément à l'art. 9 ch. 1 let. a de la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (Convention de Lugano, CL ; RS 0.275.12), l'assureur domicilié sur le territoire d'un Etat lié par la présente Convention peut être attrait devant les tribunaux de l'Etat où il a son domicile. En vertu de l'art. 38 CGA de la HELSANA, pour toutes les actions au sujet du présent contrat d'assurance, sont compétents au 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. Les art. 81 CGA de la SWICA et 29 ch. 2 CS SALARIA de la SWICA prévoient que l'assuré peut choisir le for ordinaire ou celui de son domicile suisse en cas de contestation. Ces élections de for sont admissibles en vertu de l'art. 17 du Code de procédure civile, du 19 décembre 2008 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (CPC ; RS 272), par renvoi de l'art. 46a de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (loi sur le contrat d'assurance, LCA; RS 221.229.1), même si cet article n'a pas été modifié en conséquence.

En principe, pour les actions découlant d'un contrat, le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où la prestation caractéristique doit être exécutée est compétent pour statuer sur les actions découlant d'un contrat (art. 31 CPC). Le lieu où l'obligation doit être exécutée est déterminé par la volonté expresse ou présumée des parties (art. 74 al. 1 du Code des obligations, du 30 mars 1911, CO ; RS 220). A défaut de stipulation contraire, les dispositions suivantes sont applicables : lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, le paiement s'opère dans le lieu où le créancier est domicilié à l'époque du paiement (art. 74 al. 2 ch. 1 CO). Sauf disposition contraire de la loi, le tribunal saisi est compétent lorsque le défendeur procède sans faire de réserve sur la compétence (art. 18 CPC). b) En l'espèce, eu égard aux CGA de la HELSANA, les tribunaux genevois sont compétents à raison du lieu, dans la mesure où la HELSANA a son siège en Suisse et que le demandeur a travaillé à Genève auprès de X\_\_\_\_\_ . Les CGA et les CS SALARIA de la SWICA prévoient quant à elles un for ordinaire, soit un for au siège du défendeur, lequel est en l'occurrence à Winterthur, soit un for au lieu d'exécution de la prestation principale, lequel est en France, dans la mesure où le demandeur y était domicilié au moment du paiement des indemnités journalières (prestation caractéristique du contrat d'assurance). De plus, même s'il s'est domicilié pour les besoins de la présente cause à Versoix, force est de constater que son domicile est indubitablement à Viry, en France. Toutefois, attendu que la SWICA a procédé sans faire de réserve sur la compétence des tribunaux genevois, ceux-ci sont également compétents pour juger de la demande dirigée à son encontre. Partant, la compétence à raison du lieu des juridictions genevoises est donnée. Conformément à l'art. 7 CPC et à l'art. 134 al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> 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 LCA. La compétence à raison de la matière de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. Se pose tout d'abord la question de savoir si la demande est recevable ou si elle doit être soumise préalablement, comme le soutient la HELSANA, à une tentative de conciliation, en application du CPC. a) Faisant usage du droit que lui confère l'art. 7 CPC, le législateur genevois a soumis à une instance unique les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la LAMal, qui relèvent de la LCA. 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 mentionnées en tant qu'exceptions à l'art. 198 CPC. L'autorité compétente pour la tentative de conciliation est à Genève le Tribunal de première instance, selon l'art. 86 al. 2 let. b LOJ. Cependant, la Cour de céans s'est déjà penchée sur la question de savoir si l'art. 198 CPC contenait une lacune, en ce qu'il omettait d'exempter les instances uniques compétentes en matière d'assurances-maladie complémentaires de la procédure de conciliation. Elle a retenu, dans son arrêt no ATAS/577/2011 du 31 mai 2011, qu'une demande portant sur les assurances-maladie complémentaires ne devait pas être soumise à une tentative de conciliation. En effet, elle a considéré que c'était par une inadvertance évidente que le législateur fédéral n'avait 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, oubli qui créait une situation contraire au but de la loi et dès lors insatisfaisante, de sorte qu'il convenait de combler cette lacune et d'exempter ces litiges de la procédure de conciliation obligatoire, à l'instar des autres instances cantonales uniques mentionnées à l'art. 198 let. f CPC. b) En l'espèce, il convient de confirmer la solution préconisée dans le cadre de l'arrêt précité, de sorte que la présente demande, ne devant pas être soumise à une procédure de conciliation, sera déclarée recevable. Le litige porte sur le droit du demandeur à des indemnités journalières du 6 septembre 2008 au 25 août 2009, d'un montant de 59'925 fr., ainsi que sur le débiteur de ces indemnités journalières pour le cas d'assurance intervenu en date du 10 mars 2008. La valeur litigieuse est ainsi de 59'925 francs. Il s'agit tout d'abord de déterminer quelles sont les conséquences de la fusion entre X\_\_\_\_\_ et Z\_\_\_\_\_.

a) 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 ( ATAS/1104/2006 ). 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). 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 122 III 118 , consid. 2a; ATF 118 II 342 , consid. 1a). Ce faisant, le juge doit partir de la lettre du contrat et tenir compte des circonstances qui ont entouré sa conclusion (ATF 5C.134/2002 du 17 septembre 2002, consid. 3.1). Selon la jurisprudence, il convient de ne pas attacher une importance décisive au sens des mots, même clairs, utilisés par les parties (abandon de la "Eindeutigkeitsregel"). Il ressort de l'art. 18 al. 1 CO qu'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; même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire et indiscutable à première vue, il peut résulter du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que la lettre ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (arrêt 5C.305/2001 du 28 février 2002, consid. 4b; 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 4C.208/2006 du 8 janvier 2007, consid. 3.1; ATF 122 III 118 consid. 2a). 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 B 56/03 du 2 décembre 2003, consid. 3.6; ATF 122 III 124 , consid. 2d). Aux termes de l'art. 33 LCA, l'assureur répond - sauf dispositions contraires - de tous les événements qui présentent le caractère du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été

conclue, à moins que le contrat n'exclue certains événements d'une manière précise, non équivoque. Cette disposition est une concrétisation de l'adage *in dubio contra stipulatorem* (ATF 115 II 264, consid. 5a). Ainsi, une disposition qui limite le risque assuré n'est valable que si elle exclut de l'assurance certains événements de manière précise et non équivoque. Savoir si une telle condition est remplie dans le cas concret se détermine d'après le sens généralement donné dans le langage courant aux termes utilisés (ATF 116 II 189, consid. 2a). Il ne s'agit pas de s'en tenir d'emblée à la solution la plus favorable à l'assuré. Il est vrai néanmoins qu'une clause d'exclusion doit être interprétée restrictivement (ATF 5C.26/2004 du 14 avril 2004, consid. 3.1). 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 (ATF 5C.44/2004 du 21 mai 2004, consid. 2.1). Partant, lorsque les parties ont convenu de la définition à donner à un terme dans le contrat d'assurance ou dans les CGA, qui en font partie intégrante, c'est cette définition conventionnelle qui fait foi (Stephan FUHRER, Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, N° 106, ad art. 33 LCA). b) En l'espèce, d'après l'art. 38 du contrat cadre de travail applicable dans les relations entre X\_\_\_\_\_ et le demandeur et produit par celui-ci, le travailleur qui tombe malade en cours de mission a droit à une indemnité pour perte de gain (1<sup>er</sup> paragraphe). L'indemnité perte de gain représente le 80% du salaire journalier moyen selon l'horaire normal (3<sup>ème</sup> paragraphe). Pour avoir droit aux prestations mentionnées ci-dessus, le travailleur doit présenter un certificat médical valable dès le 3<sup>ème</sup> jour d'absence (4<sup>ème</sup> paragraphe). Le droit aux prestations est le suivant après un délai d'attente de 2 jours et une durée de travail de plus de 6 mois : 180 jours en l'espace de 360 jours (7<sup>ème</sup> paragraphe). La police d'assurance collective indemnité journalière perte de gain conclue entre la SWICA et l'ancien employeur du demandeur, X\_\_\_\_\_, prévoit, pour l'ensemble du personnel non soumis à la convention collective de travail de la Métallurgie du Bâtiment et après une durée effective de travail de 6 mois, une indemnité journalière en cas de maladie couvrant le 80% du salaire, pendant 180 jours, puis 2 fr. par jour jusqu'au 720<sup>ème</sup> jour, après un délai d'attente de deux jours. Il y était précisé, en page 3, que les CGA de la SWICA faisaient partie intégrante de la police et que les CGA, édition 1998, étaient annexées à ladite police. Au terme de ces CGA de la SWICA, l'assuré a droit à l'indemnité journalière en cas d'incapacité de travail médicalement attestée (art. 12) pendant la durée fixée dans le contrat au maximum. Le délai d'attente est déduit de la durée de paiement des prestations (art. 20). Après extinction de la couverture d'assurance, l'obligation de verser des prestations s'éteint. Un éventuel passage à l'assurance individuelle reste réservé (art. 23). La couverture d'assurance prend notamment fin pour chaque assuré lors de son départ de l'entreprise assurée ou à l'épuisement du droit aux prestations (art. 39). c) La police d'assurance collective indemnités journalières, Helsana Business Salary, conclue selon la LCA, entre la HELSANA et Z\_\_\_\_\_ pour la période courant du 1<sup>er</sup> janvier 2008 au 31 décembre 2010, prévoit le versement d'une indemnité journalière en cas de maladie couvrant le 80% du salaire effectif, pendant 365 jours dans une période de 540 jours, après un délai d'attente de 2 jours par cas. Toutefois, en ce qui concernait le personnel mis à disposition par des entreprises de placement, il a droit, pour une période d'engagement de plus de six mois, au versement d'indemnités journalières durant 180 jours, dans une période de 365 jours. En page 4, il y est précisé que les CGA pour l'assurance indemnités journalières collective Helsana Business Salary selon la LCA, édition 2006, étaient applicables. D'après ces CGA de la HELSANA, lorsqu'une personne assurée bénéficie de conditions plus avantageuses en raison d'un accord de libre

passage, on applique ces dernières (art. 8.6). d) La Convention de libre passage entre les assureurs d'indemnités journalières du 1<sup>er</sup> janvier 2006 (ci-après la Convention de libre passage), que la SWICA et la HELSANA ont ratifié, a pour but de régler le passage d'une personne assurée individuellement en indemnité journalière collective dans une autre assurance individuelle du même type ou le passage d'effectifs d'assurés indemnité journalière maladie collective entre des assureurs qui ont adhéré à la présente convention (Préambule, alinéa 1). La convention s'applique aux contrats indemnité journalière collective selon la LCA dans le cas d'un passage d'un assuré individuel d'une assurance indemnité journalière collective dans une autre assurance indemnité journalière collective, lorsqu'est lié à ce passage un changement entre assureurs affiliés selon l'art. 1 de cette convention (art. 2 al. 1 let. a). Les assureurs affiliés s'engagent à accorder à toutes les personnes assurées jusqu'ici la couverture d'assurance prévue après du nouvel assureur (art. 3 al. 1). Toutefois, les sinistres en cours passent au nouvel assureur dès la date du changement d'assurance, à concurrence du montant de l'indemnité journalière, du délai d'attente et de la durée des prestations prévus par l'assureur antérieur, pour autant que le travailleur soit employé au même degré d'occupation chez le nouveau, respectivement chez l'employeur antérieur (art. 4 al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase). D'après le document de l'Association Suisse d'Assurances, produit par la HELSANA, les CGA de l'assureur antérieur sont déterminantes lors d'un changement d'assureur, pour le cas d'un sinistre en cours, en ce qui concerne le montant de l'indemnité journalière, le délai d'attente et la durée des prestations. Il s'agit concrètement des cas où l'assureur précédent allouait des prestations plus élevées que l'assureur subséquent (cf. art. 4 al. 2 Convention de libre passage). e) En vertu de l'art. 333 al. 1 CO, si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et obligations qui en découlent, au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose. Les contrats de travail existant au moment du transfert d'entreprise passent automatiquement au nouvel employeur, même contre le gré de ce dernier (ATF 123 III 466 consid. 3b). Toutes les obligations et tous les droits résultant du contrat initial subsistent donc envers le nouvel employeur (Gabriel AUBERT, in Commentaire romand du Code des obligations, 2006, art. 333, ch. 4 et 5, p. 1756). La jurisprudence a considéré que les droits et obligations transférés, en vertu de l'art. 333 CO, au nouvel employeur comprenaient notamment la couverture d'assurance garantissant le paiement intégral du salaire en cas de maladie, laquelle était prévue dans une clause du contrat de travail du précédent employeur (Arrêt non publié du Tribunal fédéral du 25 avril 2002 4C.50/2002 consid. 1b). a) En l'occurrence, il est constant que X\_\_\_\_\_ a fusionné avec Z\_\_\_\_\_ durant le mois de mars 2008 et que la fusion a été publiée dans la FOSSC le 17 avril 2008. Ainsi, en application de l'art. 333 al. 1 CO, le contrat de travail du demandeur avec X\_\_\_\_\_ a été automatiquement transféré, à ce moment-là, à Z\_\_\_\_\_ avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent, étant précisé qu'il n'apparaît pas que le demandeur se soit opposé au transfert. Partant, Z\_\_\_\_\_ était tenue en tous les cas dès le 17 avril 2008, en vertu du contrat de travail conclu entre le demandeur et X\_\_\_\_\_, de pourvoir à une couverture d'assurance garantissant le paiement de 80% du salaire en cas de maladie durant 180 jours, dès l'incapacité de travail. b) En outre, conformément à la Convention de libre passage, applicable à la SWICA et à la HELSANA, si l'assuré est en incapacité de travail lors d'un changement d'assurance, comme c'est le cas du demandeur, il a le droit de continuer de bénéficier des prestations qui lui étaient allouées par le précédent assureur, et ce en particulier si les prestations d'assurance de cet assureur sont plus généreuses que celles de

l'assureur subséquent. D'après la police d'assurance collective conclue entre la SWICA (assureur précédent) et X\_\_\_\_\_, le demandeur avait droit à 80% du salaire, pendant 180 jours, puis à 2 fr. par jour jusqu'au 720<sup>ème</sup> jour, après un délai d'attente de deux jours, alors que la police d'assurance conclue entre la HELSANA (assureur subséquent) et Z\_\_\_\_\_ prévoit uniquement que le personnel mis à disposition par des entreprises de placement bénéficiait, après une durée d'engagement de plus de six mois, d'indemnités journalières à hauteur de 80% du salaire pendant 180 jours dans une période de 365 jours. Partant, le demandeur, qui était en totale incapacité de travail à l'époque de la fusion et qui était employé par X\_\_\_\_\_, laquelle était une entreprise de placement temporaire, a droit de bénéficier des prestations prévues par la police d'assurance de la SWICA, qui lui sont légèrement plus favorables que celles prévues par la HELSANA. Celle-ci, qui assurait effectivement le demandeur dès 1<sup>er</sup> mai 2008, a du reste admis, dans son courrier du 22 septembre 2011 et lors de l'audience de comparution personnelle du 11 octobre 2011, reprendre l'obligation de la SWICA de verser au demandeur des indemnités journalières d'un montant de 2 fr. postérieurement au 180<sup>ème</sup> jour, soit postérieurement au 5 septembre 2008. Cette solution est également préconisée par l'art. 8.6 des CGA de la HELSANA. Il s'agit maintenant d'examiner si la SWICA pouvait invalider le passage du demandeur à l'assurance individuelle pour erreur essentielle. a) En vertu de l'art. 23 CO, le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de le conclure, était dans une erreur essentielle. L'art. 24 al. 1 ch. 4 CO prévoit notamment que l'erreur est essentielle lorsque l'erreur porte sur des faits que la loyauté commerciale permettait à celui qui se prévaut de son erreur de considérer comme des éléments nécessaires du contrat. Le contrat entaché d'erreur est tenu pour ratifié lorsque la partie qu'il n'oblige point a laissé s'écouler une année sans déclarer à l'autre sa résolution de ne pas le maintenir (art. 31 al. 1 CO). Le délai court dès que l'erreur a été découverte (art. 31 al. 2 CO). L'erreur de base (art. 24 al. 1 ch. 4 CO) concerne des faits que la partie dans l'erreur considère subjectivement comme nécessaires et qui, objectivement, selon la loyauté commerciale, forment un élément essentiel du contrat. Subjectivement, il faut que l'erreur soit telle que la victime, si elle avait connu la réalité, n'aurait pas conclu le contrat ou ne l'aurait pas conclu aux conditions où elle l'a fait. Puisque la motivation reste invisible à l'extérieur, la bonne foi exige que le partenaire ait au moins pu se rendre compte de l'importance que les faits avaient pour la partie dans l'erreur (Bruno SCHMIDLIN, in Commentaire romand du Code des Obligations I, Bâle 2003, ad art. 23-24, no 32ss, p. 158ss). L'erreur peut aussi consister en la méconnaissance d'une situation juridique (ATF 127 V 301 consid. 3c). Celui qui se prévaut de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO doit prouver qu'il était dans l'erreur et qu'il considérait les faits, objet de son erreur, comme des éléments nécessaires du contrat (arrêt du Tribunal fédéral 5C.60/2001 du 16 août 2001 consid. 3c). b) En vertu des CGA de la SWICA, en cas de sortie du groupe des assurés ou d'extinction du contrat, l'assuré domicilié en Suisse - les frontaliers sont assimilés aux assurés résidant en Suisse, pour autant qu'ils soient domiciliés aux environs immédiats de la frontière - a droit de passer dans l'assurance individuelle (art. 40). L'assurance individuelle prend effet un jour après la sortie du cercle des personnes assurées ou après l'extinction du contrat d'assurance (art. 42). Lors du passage à l'assurance individuelle, les prestations existantes sont accordées pour autant qu'elles soient adaptées aux nouvelles circonstances (art. 43). Toutefois, d'après l'art. 45, paragraphe 1, il n'existe aucun droit de passage à l'assurance individuelle, en cas de changement d'emploi et de passage dans l'assurance indemnité journalière du nouvel employeur en cas de maladie ou en cas de résiliation du présent contrat ou de reprise de celui-ci par un autre assureur pour le même cercle d'assurés

dans la mesure où le nouvel assureur a l'obligation de garantir sur la base de la convention de libre passage, la continuation de la couverture d'assurance. En l'espèce, la SWICA allègue que si elle avait su qu'il y avait eu reprise des rapports de travail de X \_\_\_\_\_ par Z \_\_\_\_\_ en avril 2008, elle n'aurait pas accordé au demandeur de droit au transfert dans l'assurance individuelle, attendu qu'elle n'était pas l'assureur perte de gain de Z \_\_\_\_\_. Certes la fusion entre Z \_\_\_\_\_ et X \_\_\_\_\_ a été publiée dans la FOSC en date du 17 avril 2008, mais il apparaît à lecture du dossier que la SWICA a effectivement été informée de la fusion et du fait qu'elle devait annuler la police d'assurance collective d'indemnités journalières conclue avec X \_\_\_\_\_, avec effet au 1<sup>er</sup> mai 2008, par courrier d'XA \_\_\_\_\_ (Schweiz) AG du 7 juillet 2008 seulement. Ce n'est d'ailleurs que suite à ce courrier que la SWICA a requis de la HELSANA le remboursement des indemnités journalières déjà versées au demandeur du 1<sup>er</sup> au 19 mai 2008. Il sera qui plus est remarqué que dans son courrier du 26 juin 2008 adressé à l'assuré, la SWICA s'est encore référée à la fin des relations de travail avec X \_\_\_\_\_, alors même que cette entreprise avait été reprise par Z \_\_\_\_\_ en avril 2008. La Cour de céans constate que la connaissance de la fusion entre X \_\_\_\_\_ et Z \_\_\_\_\_ était objectivement essentielle pour la conclusion par la SWICA du contrat de transfert dans l'assurance individuelle, attendu que dès cette fusion, soit dès le 1<sup>er</sup> mai 2008 au plus tard, la SWICA n'assurait plus les employés de X \_\_\_\_\_ pour la perte de gain maladie. Le demandeur étant assuré, depuis lors, par la HELSANA, la SWICA était en mesure de refuser son transfert en assurance individuelle, conformément à l'art. 45, paragraphe 1<sup>er</sup> de ses CGA. En outre, le fait de savoir si elle était l'assureur perte de gain du demandeur ou non était également un élément subjectivement nécessaire pour la SWICA dans cette situation. En effet, il paraît évident que la SWICA n'aurait pas eu la volonté de transférer le demandeur dans l'assurance individuelle, si elle avait su qu'elle ne l'assurait plus pour la perte de gain au moment de ce transfert. Pour le surplus, le demandeur a dû être informé de la reprise de X \_\_\_\_\_ par Z \_\_\_\_\_, attendu qu'il pouvait s'opposer au transfert des rapports de travail, au sens de l'art. 333 al. 1 CO. Il était ainsi en mesure de se rendre compte du changement de la situation, soit notamment du fait que cette reprise pouvait avoir une influence sur ses rapports d'assurance avec la SWICA, qui était l'assureur perte de gain de son ancien employeur ainsi que de l'importance de ce changement pour la SWICA. Ainsi, la SWICA a conclu un contrat d'assurance individuelle avec le demandeur, en se fondant sur des faits qui constituaient pour elle des éléments nécessaires du contrat et que la loyauté commerciale lui permettait de tenir pour réalisés. Une telle erreur est considérée comme essentielle, de sorte qu'elle pouvait invalider le contrat d'assurance individuelle conclu avec le demandeur. Enfin, la SWICA ayant été informée de la fusion en date du 7 juillet 2008, elle a déclaré au demandeur qu'elle n'entendait pas être liée par le contrat, par courrier 7 août 2008. Ce faisant, sa déclaration d'invalidation est intervenue dans le délai d'une année prévu par l'art. 31 CO. L'invalidation du contrat d'assurance individuelle conclu avec le demandeur a pour conséquence que la SWICA n'est pas débitrice des indemnités journalières postérieurement au 30 avril 2008 et que la demande en paiement en tant qu'elle est dirigée contre la SWICA doit être rejetée. Il convient ainsi de se prononcer sur le fait de savoir si la HELSANA doit encore verser des prestations au demandeur, et singulièrement sur leur durée et leur montant. Avant d'aborder la question du passage à l'assurance individuelle, il sied de déterminer si le demandeur a droit aux prestations d'assurance après la cessation des rapports de travail. a) Dans l'assurance privée selon la LCA, telle l'assurance collective d'indemnités journalières litigieuse, le droit aux

prestations ne dépend pas d'une affiliation. Si le sinistre survient pendant la période de couverture, l'assureur doit verser les prestations convenues jusqu'à épuisement, aussi longtemps qu'elles sont justifiées selon les clauses conventionnelles ; la seule limite que connaisse la couverture réside non dans la fin des relations contractuelles, mais dans la durée des prestations convenues (Meuwly, La durée de la couverture d'assurance privée, thèse Fribourg 1994, p. 185). Partant, en l'absence de clauses conventionnelles limitant ou supprimant le droit aux prestations au-delà de la période de couverture, l'assuré qui, après un événement ouvrant le droit aux prestations, sort d'une assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat, peut faire valoir son droit aux prestations également pour les suites de l'événement qui se produisent après l'extinction du rapport d'assurance (ATF 127 III 106 consid. 3 ; Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3<sup>ème</sup> édition, 1995, p. 240).

b) D'après les CGA HELSANA, pour chaque personne assurée, l'assurance s'éteint si la personne assurée quitte le cercle des assurés, respectivement si les rapports de travail de la personne assurée avec le preneur d'assurance prennent fin (art. 9.3 let. a). S'agissant des personnes assurées qui, à la fin de l'assurance, sont frappées d'une incapacité de travail ou d'une incapacité de gain, le droit aux prestations pour le cas en cours est maintenu dans le cadre des dispositions contractuelles (prestation complémentaire). Le droit à la prestation complémentaire s'éteint lorsque la personne assurée recouvre sa pleine capacité de travail (art. 9.4).

a) A titre liminaire, la Cour de céans relève que si la police d'assurance et les CGA de la SWICA doivent être appliquées par la HELSANA en ce qui concerne le montant de l'indemnité journalière, le délai d'attente et la durée des prestations servies au demandeur, les autres dispositions des CGA de la HELSANA, concernant par exemple l'extinction du rapport d'assurance, restent applicables (art. 4 al. 2 Convention de libre passage a contrario).

b) En l'occurrence, la HELSANA n'ayant pas limité, dans ses CGA, le droit aux prestations au-delà de la période de couverture du contrat d'assurance collective, elle s'est engagée à verser les prestations contractuelles pour les événements intervenus durant la période de couverture d'assurance. C'est ainsi que la HELSANA a poursuivi le versement au demandeur des indemnités journalières jusqu'au 5 septembre 2008, soit postérieurement à la fin des rapports de travail entre le demandeur et Z.\_\_\_\_\_ en date du 31 mai 2008. En ce qui concerne la période postérieure au 5 septembre 2008, la HELSANA s'est engagée, conformément à la Convention de libre passage, à servir des indemnités journalières à hauteur de 2 fr. par jour dès le 181<sup>ème</sup> jour. Attendu qu'elle a précisé, lors de l'audience de comparution personnelle du 11 octobre 2011, que l'offre faite de verser une indemnité de 2 fr. par jour durant 353 jours, soit une somme de 706 fr. pour la période courant du 6 septembre 2008 au 25 août 2008 - durée de l'incapacité de travail alléguée par le demandeur -, n'était pas conditionnée par la vérification de l'incapacité de travail du demandeur, celui-ci aura droit au versement de ces indemnités journalières dans cette mesure. La demande en paiement sera ainsi admise sur ce point. Reste à se prononcer sur le droit de passage du demandeur dans l'assurance individuelle de la HELSANA. D'après l'art. 9 LCA, le contrat d'assurance est nul notamment si, au moment où il a été conclu, le sinistre était déjà survenu. Le risque dont les conséquences sont assurées doit se rapporter à un événement futur; si l'événement s'est déjà produit, le risque ne peut plus se réaliser à l'avenir. Une assurance dite rétroactive, dans laquelle l'assureur assumerait la couverture d'un événement qui s'est déjà produit lors de la conclusion du contrat, n'est pas admissible, indépendamment du fait que le dommage se soit produit avant ou après la conclusion du contrat (ATF 127 III 21 consid. 2b/aa). D'après la doctrine, l'article 9 LCA ne concerne pas

uniquement la nouvelle conclusion d'un contrat d'assurance, mais également la modification ou la remise en vigueur d'un tel contrat. Ainsi, si les conditions de l'art. 9 LCA sont réalisées lors de la conclusion d'une modification de contrat (p.ex. extension de la couverture d'assurance ou augmentation de la somme assurées), alors le contrat est nul au sens de l'art. 9 LCA (Urs Ch. NEF, in *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*, Bâle 2001, ad art. 9, p. 174, no 4). En l'espèce, suite à l'envoi par le demandeur de deux offres de la HELSANA pour la conclusion d'une assurance indemnités journalières individuelle durant le mois de février 2010, celle-ci lui a confirmé, en date du 4 mars 2010, son admission à titre individuel, dès le 1<sup>er</sup> septembre 2008, pour une indemnité journalière en cas de maladie de 127 fr. par jour pour une durée de prestations de 730 jours, avec un délai d'attente de 3 jours (catégorie SALARIA selon la LCA). Le contrat d'assurance individuelle a ainsi été conclu. D'après le principe de la fidélité contractuelle, tout contrat doit être respecté par les parties (« pacta sunt servanda »), il n'en va différemment que si la loi ou le contrat autorise l'une des parties à le faire (Pierre TERCIER, *Le droit des obligations*, Bâle 2009, no 933ss, p. 199). La HELSANA invoque ainsi la nullité du contrat, eu égard notamment à l'interdiction de l'assurance rétroactive (9 LCA). La Cour de céans constate que le demandeur a requis, par le passage à l'assurance individuelle, d'être couvert pour la perte de gain découlant de son incapacité de travail due à sa dépression, laquelle a débuté en date du 10 mars 2008. Or, attendu que le contrat d'assurance individuelle prévoit une augmentation des prestations (127 fr. par jour au lieu de 2 fr. par jour), il s'agit d'une modification du contrat initial. Partant, dès lors qu'au moment de la conclusion de l'assurance individuelle ainsi qu'à celui du début de cette assurance individuelle, soit le 1<sup>er</sup> septembre 2008, le risque assuré - la dépression - était déjà réalisé, le contrat prévoyant une augmentation des prestations d'assurance est de toute évidence nul, conformément à l'art. 9 LCA. Pour le surplus, dans la mesure où le recourant a droit aux prestations convenues résultant de la Police d'assurance de la SWICA, même après la fin des relations de travail, la conclusion d'un nouveau contrat d'assurance ne lui est d'aucune utilité, en ce qui concerne le cas d'assurance intervenu durant le mois de mars 2008. Le demandeur ne peut ainsi pas prétendre à des indemnités journalières d'un montant de 127 fr. du 6 septembre 2008 au 25 août 2009, mais uniquement de 2 fr. par jour. a) Enfin, s'agissant des intérêts moratoires, 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. La LCA ne contient toutefois pas de dispositions sur la demeure, laquelle est dès lors régie, en vertu de l'art. 100 al. 1 LCA, par les art. 102 ss CO. Le débiteur d'une obligation est en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO). L'intérêt moratoire - de 5 % l'an (art. 104 al. 1 CO) - n'est dû que depuis le début de la demeure, c'est-à-dire le jour suivant la réception de l'interpellation du débiteur - cas échéant le lendemain de la notification au débiteur de la demande en justice ou du commandement de payer (Luc THEVENOZ, in *Commentaire romand du Code des obligations I*, ad art. 104 CO, no 9, p. 621). Il sera précisé que le délai de l'art. 41 al. 1 LCA n'a plus de raison d'être dès le moment où l'assureur conteste à tort son obligation. La prestation devient alors immédiatement exigible. L'interpellation de l'assureur est nécessaire à sa mise en demeure, laquelle suppose l'exigibilité de la créance. Aucun intérêt moratoire n'est dû par l'assureur qui n'a pas encore été mis en demeure (Olivier CARRE, *Loi fédérale sur le contrat d'assurance*, édition annotée, 2000, ad art. 41 LCA, p. 301 et les références citées). b) Les CGA applicables ne prévoient pas de disposition particulière à cet

égard. En l'occurrence, il résulte du dossier que c'est par la notification d'un commandement de payer en date du 18 juin 2010, que le demandeur a manifesté pour la première fois à la HELSANA sa volonté de percevoir un montant de 52'925 fr. Partant, le montant de 706 fr. encore dû au demandeur par la HELSANA, au titre d'indemnités journalières, portera intérêts à 5% dès le 19 juin 2010. Il suit de ce qui précède que la demande est très partiellement admise, en ce sens que le demandeur a droit de la part de la HELSANA à des prestations à hauteur de 706 fr., avec intérêts à 5% dès le 19 juin 2010. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 114 let. e CPC). **PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES** : Statuant A la forme : Déclare la demande recevable. Au fond : Rejette la demande en tant qu'elle est dirigée contre la SWICA. Admet très partiellement la demande en paiement en tant qu'elle est dirigée contre la HELSANA. Condamne la HELSANA à verser au demandeur la somme de 706 fr., avec intérêts à 5% dès le 19 juin 2010. Dit que la procédure est gratuite. Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile (Tribunal fédéral suisse, avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14). Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du demandeur ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du demandeur, invoqués comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi. La valeur litigieuse des conclusions pécuniaires est en l'espèce, au sens de la LTF, supérieure à 30'000 fr. La greffière Irène PONCET La présidente Sabina MASCOTTO Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) par le greffe le

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