

## **GE\_GERICHTE A/433/2009 vom 26. November 2009**

GE Cour de justice, 2009-11-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_433\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_433_2009)

FR: GE\_GERICHTE A/433/2009 du 26 novembre 2009

IT: GE\_GERICHTE A/433/2009 del 26 novembre 2009

### **Volltext**

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 26.11.2009  
A/433/2009

A/433/2009 ATAS/1500/2009 du 26.11.2009 ( LCA ) , REJETE En fait En droit  
RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/433/2009  
ATAS/1500/2009 ARRET DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES  
SOCIALES Chambre 8 du 26 novembre 2009 En la cause Monsieur F \_\_\_\_\_, à  
Carouge, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître ZELLWEGER  
Christophe demandeur contre ZÜRICH COMPAGNIE D'ASSURANCES SA, sise  
Mythenquai 2, Zurich, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître VUILLE  
Pierre défenderesse EN FAIT F \_\_\_\_\_, apparemment domicilié à Genève, exerce  
la profession de camelot indépendant et itinérant. Dans ce cadre, avec l'assistance de  
collaborateurs, il dresse ses stands dans les foires commerciales et marchés, puis procède à  
des démonstrations-ventes de divers articles de ménage ; il possède également des stands,  
dont il cède l'usage à des partenaires. A ce titre, il était assuré depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003  
auprès de la ZÜRICH COMPAGNIE D'ASSURANCES SA (ci-après : la ZÜRICH) pour  
une indemnité journalière en cas de maladie ou d'accident. Initialement conclu pour  
l'échéance du 31 décembre 2005, ce contrat a été tacitement renouvelé d'année en année,  
selon l'art. 67 des conditions générales du contrat (CGC), sauf dénonciation écrite par l'une  
des parties trois mois au moins avant la date d'expiration. Le contrat prévoyait qu'en cas  
d'incapacité de travail, la ZÜRICH verserait une indemnité journalière correspondant à  
80% du salaire assuré, fixé à 90'000 fr., durant 720 jours, après un délai d'attente de 15  
jours. Selon les CGC, la ZÜRICH payait l'indemnité journalière convenue pendant la durée  
d'incapacité de travail attestée par le médecin (art. 18). En cas d'incapacité partielle de  
travail, elle payait une indemnité journalière proportionnelle au degré d'incapacité (art. 21).  
Si l'assuré avait également droit à des prestations de tiers, la ZÜRICH complétait ces  
prestations jusqu'à concurrence de la perte de gain effective (art. 22). Les indemnités  
versées étaient imputées sur les prétentions en responsabilité civile (art. 15). Etait  
déterminant pour le calcul des prestations d'assurance le gain obtenu (le salaire brut) (art.  
16). Le 19 avril 2006, alors qu'il conduisait son scooter, l'assuré a été victime, sans sa faute,  
d'un accident de la circulation. A cette occasion, les médecins des Hôpitaux universitaires  
de Genève (H.U.G.) ont constaté une tuméfaction de la main droite, de la cheville gauche,  
du pied gauche et du genou gauche. Ils ont diagnostiqué une fracture de la base du 2<sup>ème</sup>  
métatarsien du pied gauche (certificat des H.U.G. du 28 septembre 2006). Une scintigraphie  
osseuse du 3 juillet 2006 a mis en évidence une algoneurodystrophie de Sudeck de stade 1  
du membre inférieur gauche. Une IRM du même jour a révélé une arthropathie d'origine  
dégénérative de l'articulation acromio-claviculaire gauche avec une discrète composante  
inflammatoire. Selon le Dr A \_\_\_\_\_, chirurgien orthopédique traitant depuis le  
20 avril 2006, l'assuré a subi une incapacité de travail de 100% du 19 avril 2006 au

28 février 2007, de 80% du 1<sup>er</sup> mars 2007 au 9 septembre 2007, de 50% du 10 septembre au 16 décembre 2007 (cf. attestations du 14 décembre 2007). Depuis lors, il a récupéré une capacité de travail complète. Dans ce contexte, il a bénéficié de séances de physiothérapie (du 15 mai au 6 août 2006) et d'ostéopathie (du 16 juin au 8 septembre 2006) (pièces 5 et 6 dem.) Par courrier du 31 octobre 2006, se référant à un entretien (dont la date n'était pas précisée) avec son mandataire commercial (G \_\_\_\_\_), ainsi qu'à une « résiliation préventive du 26 septembre 2006 » (ci-dessous, § 20), la ZÜRICH a transmis à l'assuré une offre pour la « continuation de la police d'assurance ». A l'issue d'un entretien du 7 novembre 2006 avec H \_\_\_\_\_, responsable des sinistres à la ZÜRICH, l'assuré a refusé cette modification du contrat, dans la mesure où la prime brute totale d'assurance passait de 5'923 fr. 80 à 12'382 fr. 20. Il ressort d'un rapport de surveillance de X \_\_\_\_\_, société privée mandatée par la ZÜRICH, du 19 novembre 2006, que l'assuré s'est occupé de six stands lui appartenant, durant la Foire de Genève, le 14 novembre 2006, de 12h à 14h30. Sur la vidéo prise à cette occasion, l'intéressé se promenait dans les allées sur une trottinette, marchait également sans difficulté apparente, s'était déplacé rapidement à pied d'un pas alerte, restait principalement en station debout, s'appuyait notamment sur sa jambe gauche. En outre, il s'entretenait avec des clients, prenait des notes sur les comptoirs, donnait des directives aux personnes travaillant sur ses stands, avait passé un carton à une employée. Son état physique ne l'empêchait pas d'exercer son activité professionnelle et ne présentait pas de gêne « insurmontable à son activité » au niveau de la jambe gauche, du bras gauche et du pied gauche. Par ailleurs, selon l'enquêteur, aucun nom similaire à celui de l'assuré ne figurait sur les boîtes aux lettres correspondant à l'adresse indiquée par ce. Par courrier du 30 novembre 2006, la ZÜRICH, se référant à l'entretien du 7 novembre précédent, a informé l'assuré que les conditions d'octroi des indemnités journalières n'étaient plus remplies et qu'elle mettait fin à ses prestations au 30 (recte : 31) octobre 2006. L'assureur a motivé sa décision par le fait que des contrôles avaient démontré que l'accident dont l'intéressé avait été victime en avril 2006 ne l'empêchait pas d'avoir une activité professionnelle soutenue et complète. Même si ce dernier ne s'adonnait effectivement pas directement à la vente sur ses stands, il n'en demeurait pas moins que son statut de patron lui permettait d'occuper une « activité de contrôle de ses vendeurs, récolte de recettes, etc. ». La ZÜRICH a ainsi versé des indemnités journalières jusqu'au 31 octobre 2006, pour un montant total de 35'709 fr. (cf. son décompte du 24 octobre 2006). Le 14 décembre 2006, lors d'un entretien dans les locaux de la ZÜRICH, l'assuré a indiqué qu'avant son accident, il montait lui-même ses stands et faisait lui-même les démonstrations sur un stand. Il lui arrivait également d'avoir simultanément jusqu'à 22 stands à gérer dans une foire. Il ne pouvait travailler que sur un seul stand à la fois. Pour les démonstrations des autres stands, il faisait appel à du personnel français indépendant. Depuis l'accident, il n'était plus en mesure de monter lui-même ses stands et avait dû mandater la société Y \_\_\_\_\_, pour un coût de 30'000 fr. Pour l'engagement de la personne travaillant à sa place sur un stand, il avait dû payer, en 2006, environ 30'000 fr. en tout. Il ne disposait pas des justificatifs correspondants, car ses employés n'étaient pas déclarés. L'assuré a encore indiqué que le Dr A \_\_\_\_\_ avait diagnostiqué une algoneurodystrophie (Sudeck) du pied gauche et envisageait une intervention au niveau de l'épaule gauche. Il subsistait une grande limitation fonctionnelle au niveau de cette épaule. Il ne pouvait plus conduire de voiture non automatique. Il pouvait marcher, mais boitait beaucoup et à chaque foulée, si bien qu'il avait dû acheter une trottinette électrique pour ses déplacements dans les foires. Il ne pouvait plus poser la pointe

des pieds sur le sol, ni se mettre à genoux. Il était donc absolument incapable de monter ses stands ou de s'occuper de l'approvisionnement en marchandises desdits stands. Avec sa trotinette, il pouvait surveiller ses collaborateurs sur les différents stands. Il n'avait pas lui-même fait le tour des stands pour récupérer les recettes, car sa sœur s'en était occupée. Par pli du 7 mars 2007, la ZÜRICH a mis fin à ses prestations, « dès réception de la présente », en invoquant l'article 40 de la loi sur le contrat d'assurance (prétention frauduleuse), tout en se réservant le droit de demander le remboursement de « toutes les prestations déjà versées au jour de l'annulation », soit 35'709 fr. A cet égard, l'assureur a retenu que l'assuré avait admis, lors de l'entretien du 14 décembre 2006, qu'il n'était que partiellement incapable de travailler, notamment en ce qui concernait le montage de ses stands, si bien qu'il n'aurait dû bénéficier que d'indemnités partielles. Il avait en outre engagé un auxiliaire temporaire français afin de le remplacer sur des stands qu'il était censé animer. Enfin, il n'avait pas demandé préalablement l'avis de son médecin pour déployer tout de même une activité professionnelle, « et ce quand bien même » il avait toujours adressé des certificats médicaux attestant d'une totale incapacité de travail. D'après les contrôles effectués, l'assuré n'avait pas averti l'assureur de son activité professionnelle et avait volontairement minimisé sa capacité de travail et l'étendue des tâches qu'il effectuait. Enfin, pour la période « postérieures à nos indemnités », la ZÜRICH a invité l'intéressé à s'adresser à l'assureur du conducteur responsable de l'accident. Par courrier de la DAS, protection juridique SA, du 27 mars 2007, l'assuré a contesté avoir émis des prétentions frauduleuses et requis des précisions quant aux contrôles dont la ZÜRICH se prévalait. Il a également demandé copie du duplicata de la police d'assurance, les conditions générales la régissant, ainsi qu'un décompte des prestations versées à ce jour. Il a aussi fait grief à l'assureur d'avoir mis fin à ses prestations avec effet rétroactif au 30 (recte : 31) octobre 2006. Par ailleurs, il a précisé qu'il travaillait seul et n'avait pas d'employés. Son travail était physiquement astreignant, nécessitant le port de charges lourdes et de longues stations debout. A la suite de son accident du 19 avril 2006, il avait dû se réorganiser pour maintenir quand même en activité réduite sa petite entreprise. Il avait ainsi trouvé des personnes pour l'aider ou le remplacer, et avait payé des entreprises tierces pour procéder à la location et au montage et au démontage de ses stands. Il ressort également de ce courrier que la ZÜRICH avait « procédé à la résiliation préventive au 26 septembre 2006 de son assurance maladie perte de gain » et que, dans « le même temps », elle avait proposé à l'assuré de conclure un nouveau contrat. Ce dernier avait refusé ladite proposition au motif que les nouvelles primes étaient trop élevées. L'assuré a également joint les documents suivants : un certificat du Dr A \_\_\_\_\_ du 30 novembre 2006, « valable pour le mois de décembre 2006 », attestant qu'il se trouvait en incapacité de travail à 100% depuis le 19 avril 2006 ; une lettre de I \_\_\_\_\_ du 14 mars 2007, confirmant avoir aidé l'intéressé, de manière épisodique, d'avril à novembre (2006), moyennant 10 fr. de l'heure, à vider les camions, ranger le box, recevoir la marchandise de son transporteur, « car ce dernier était absolument incapable de soulever des colis ou de monter sur des échelles » ; une lettre de J \_\_\_\_\_ (date illisible) confirmant avoir remplacé l'assuré durant le salon des Arts ménagers de Genève du 8 au 19 novembre 2006 sur le stand de démonstration d'un économe, moyennant 4'000 fr. Durant cette période, l'assuré utilisait un véhicule électrique pour se déplacer ; une attestation de K \_\_\_\_\_ (non datée) indiquant que l'intéressé l'avait contacté pour lui rétrocéder sa place au stand de la foire de Paris du 28 (avril) au 8 mai 2006, ainsi que durant le Comptoir suisse de Lausanne ; des factures de Y \_\_\_\_\_ des 25 septembre, 12 octobre, 16 et 20 novembre, et 7 décembre 2006

(pour un montant total de plus de 30'000 fr.) concernant en particulier la location, le montage et le démontage d'une structure modulaire standard pour le Comptoir suisse 2006 à Lausanne, les Foires du Valais et de Noël 2006 à Martigny, la Foire de Genève du 16 au 19 novembre 2006. Par courrier 11 avril 2007, la ZÜRICH a précisé que la décision de résiliation du 26 septembre 2006 avait été prise par son unité d'acceptation du risque, en raison de la « sinistrabilité importante » de son client. Le département des sinistres n'avait pas été avisé de ladite résiliation. Pour le surplus, elle a maintenu son refus de verser toute prestation. A cet égard, elle a précisé être en possession d'un rapport de surveillance ainsi que d'un DVD, dans lequel on pouvait constater l'activité professionnelle de l'assuré. De plus, l'un des collaborateurs de l'assurance ( L \_\_\_\_\_, inspecteur de sinistres et cosignataire dudit courrier) avait pu constater de visu l'activité professionnelle de l'intéressé lors de la Foire de Genève en 2006. Ainsi, si l'assureur n'avait pas fait procéder à des contrôles, il était certain que l'intéressé ne lui aurait jamais annoncé la poursuite de son activité professionnelle. Par ailleurs, en cas de procédure judiciaire, la ZÜRICH ne manquerait pas de lui réclamer le remboursement de la totalité des indemnités versées, soit 35'709 fr. en plus des frais d'enquête qu'elle avait dû engager. Par lettre du 17 avril 2007, la DAS a requis la production du rapport de surveillance et du DVD précité. Par lettre du 16 mai 2007, la ZÜRICH a confirmé à la DAS avoir reçu 35'709 fr. de la part de l'assureur RC (GENERALI ASSURANCES) de l'autre conducteur. Elle a également demandé à l'assuré de se déterminer par écrit, avant un entretien prévu entre les parties le 22 mai suivant, au sujet de l'activité exacte déployée par ce dernier à l'occasion des différentes foires auxquelles il avait participé (jours et heures de présence). Ensuite de quoi seulement, elle lui fournirait le rapport demandé. Par lettre du 18 mai 2007, la DAS a refusé de fournir les renseignements requis dans le délai imparti et a contesté que la consultation des moyens de preuve allégués soit subordonnée à la fourniture desdits renseignements. Elle s'est par ailleurs étonnée que la ZÜRICH évoque la possibilité de lui réclamer la somme de 35'709 fr., puisque l'assureur avait d'ores et déjà été remboursé par GENERALI ASSURANCES. Par courrier du 10 août 2007, Me Christophe ZELLWEGER, nouveau mandataire de l'assuré, a requis de la ZÜRICH copie de la lettre de résiliation préventive du 26 septembre 2006. Le 22 août suivant, l'assureur lui a fait parvenir copie de ladite lettre. Il ressort de ce document, portant la mention « RECOMMANDÉ », que la ZÜRICH résiliait, conformément à l'échéance contractuelle, le contrat d'assurance pour le 31 décembre 2006, tout en invitant l'intéressé à prendre toute disposition afin de s'assurer auprès d'un nouvel assureur. Par courrier du 19 octobre 2007, Me ZELLWEGER a informé la ZÜRICH que son client n'avait très vraisemblablement jamais reçu la lettre de résiliation du 26 septembre 2006. Par ailleurs, ce dernier contestait avoir admis avoir minimisé sa capacité de travail durant la période litigieuse. Pour seule preuve tangible à cet égard, la ZÜRICH se référait probablement à un enregistrement d'une émission de télévision consacrée au métier de camelot pour les besoins de laquelle il avait été filmé durant le Salon des arts ménagers de Genève 2006, se déplaçant d'ailleurs au moyen d'une trottinette électrique. Ce conseil a en outre fait valoir que le contrat d'assurance n'avait pas valablement été résilié ou annulé en l'occurrence, de sorte que la ZÜRICH restait tenue d'indemniser l'assuré dans la mesure de son incapacité de travail. En effet, la lettre de résiliation du 26 septembre 2006 n'avait jamais été reçue si bien qu'elle n'avait pu déployer aucun effet. Le fait que la ZÜRICH invoquât l'art. 40 LCA dans son courrier du 7 mars 2007 démontrait d'ailleurs qu'elle était consciente que sa résiliation précédente du 26 septembre 2006 avait été inopérante. Au demeurant, cette dernière lettre ne contenait aucune motivation, contrairement aux

exigences de l'art. 137 OLAA. Par ailleurs, on ne voyait pas sur quelle base l'assuré aurait induit l'assureur en erreur, dès lors que son incapacité de travail avait été attestée par des certificats médicaux, dont la ZÜRICH n'avait du reste pas contesté la valeur probante. En outre, la fréquentation épisodique pour un indépendant de son milieu professionnel afin de « réduire autant que faire se peut les pertes découlant de sa mobilité très réduite et la mise à profit du temps dont il dispose ainsi pour promouvoir son activité par le biais d'une émission de télévision ne saurait être considérée comme contredisant son incapacité de travail, si l'on considère la définition qu'en donne l'article 6 LPGA » (p. 8). Enfin, plus généralement, la manière de procéder de la ZÜRICH en l'espèce relevait de l'abus de droit, dès lors que cet assureur avait usé de moyens de pression discutables dans le seul et unique but de l'amener à renouveler son contrat d'assurance auprès d'elle aux conditions exorbitantes de son offre du 30 novembre 2006. Par courrier du 30 octobre 2007, la ZÜRICH a maintenu sa position. Elle a en particulier rappelé que le service des sinistres n'avait pas connaissance de la résiliation intervenue et décidée préalablement par l'unité d'acceptation du risque. Les deux décisions étaient séparées et fondées sur des arguments distincts. En outre, l'intéressé prétendant n'avoir pas reçu la résiliation du 26 septembre 2006, la ZÜRICH lui a demandé d'apporter la preuve du paiement des primes d'assurance postérieurement à la résiliation. Elle a par ailleurs reproché à l'assuré d'avoir eu une activité professionnelle durant la période d'incapacité, à savoir d'avoir contribué à la surveillance de ses stands et démonstrateurs, récupéré les recettes, donné conseils et directives à ses employés et d'avoir dissimulé ces faits. Il avait ainsi perçu des indemnités supérieures à celles auxquelles il aurait dû avoir normalement droit et d'avoir, simultanément, « contribué au chiffre d'affaires » de son entreprise. Entre-temps, la ZÜRICH a sollicité les services de Z\_\_\_\_\_ pour surveiller l'intéressé durant le comptoir de Martigny du 28 septembre au 7 octobre 2007. Selon son rapport final (non daté), l'enquêteur n'avait constaté aucune gêne physique chez l'assuré, lequel marchait d'un pas sûr et rapide, avait même fait un pas de course sur une distance de 10 à 15 mètres, avait occupé ses journées aux contrôles de ses sept stands, à la mise en place d'un stand, à la démonstration d'un produit (durant des périodes très énergiques de 90 min), au nettoyage et démontage des stands. Le 30 septembre 2007, il avait précisé à l'un des enquêteurs (lequel, pour endormir les soupçons de l'assuré, venait de l'assurer qu'il n'avait pas été mandaté par la ZÜRICH) qu'il avait des problèmes avec son assurance : « je leur ai expliqué que je venais sur mes stands pour prendre des enveloppes, mais pour eux, je peux travailler ». L'assurance a encore mandaté un détective privé, M\_\_\_\_\_, pour surveiller l'activité de l'assuré durant le Comptoir de la Riviera du 10 au 14 octobre 2007, à Montreux. Selon un rapport « confidentiel et de bonne foi » du 22 octobre 2007, complété le 5 novembre suivant, ainsi que les vidéos correspondantes, l'assuré portait des cartons pesant de 3 kg à 15 kg environ, indifféremment de la main droite ou de la main gauche, se déplaçait normalement, donnait des instructions (le 10.10.07, de 10h30 à 11h50) ; conduisait un véhicule, déchargeait des cartons de plusieurs kilos pour les remettre à ses collaborateurs, se baissait et se relevait avec des petites charges tout en effectuant des rotations du haut du corps normalement, se baladait beaucoup entre les stands (le 11.10.07, de 9h à 12h) ; faisait des démonstrations de poêles, de découpe de légumes ou de pliage de chemises ; déplaçait des cartons assez lourds sans douleurs ni difficultés apparentes (le 13.10.07, de 10h20 à 17h) ; faisait des démonstrations d'éplucheur et de poêle, marcher normalement ; démontait et rangeait ses stands, chargeait des cartons de 3 à 25 kg sur un camion, fournissant le même effort physique que ses collaborateurs (le 14.10.07, de 10h37 à 11h12, puis de 16h40 à 20h30).

Durant ces périodes, l'assuré avait travaillé au montage et démontage de ses stands, à leur approvisionnement en matériel et marchandise, était resté en activité entre 8h à 15h par jour. A aucun moment, il n'avait paru gêné par des douleurs. Il se déplaçait à pied, avec une démarche et une souplesse normales. Il pouvait conduire une voiture manuelle, porter des lourdes charges (jusqu'à 30 kg), lever le bras gauche tendu à la verticale pour mettre et pousser des charges en place dans son fourgon sans difficulté ou douleur apparente. Egalement mis en oeuvre par l'assurance, les enquêteurs de XA\_\_\_\_\_ SA ont observé l'assuré du 6 au 20 novembre 2007, durant la Foire de Genève. Il ressort du rapport final (non daté), portant sur neuf jours de surveillance, que l'assuré occupait activement ses journées à travailler. Il supervisait et aidait activement au montage de ses stands. En particulier, le 7 novembre, il était resté en activité de 7h à 19h. Le 18, il avait travaillé durant huit heures d'affilée. Il n'avait jamais été gêné par des douleurs. Il était monté à l'échelle, avait sauté d'une table ou couru dans des escaliers, tiré des chariots ou poussé des diables chargés de matériel lourd. Il ne présentait aucune limitation fonctionnelle. Il pouvait lever ou porter des charges pesant jusqu'à 40 kg, s'accroupir avec ses deux jambes, courir, monter et démonter ses stands avec ses ouvriers. Compte tenu du nombre importants de stands dont il avait la responsabilité (17), il ne pouvait de toute pas faire le travail tout seul et devait ainsi confier ou déléguer ce travail à d'autres personnes ou à une entreprise professionnelle (Y\_\_\_\_\_). Une vingtaine de personnes travaillait pour lui. Selon l'expertise du Dr B\_\_\_\_\_ (spécialiste en orthopédie et chirurgie, mandaté par la GENERALI ASSURANCES) du 17 novembre 2007, les estimations de l'incapacité de travail faites jusque là étaient « particulièrement généreuses ! ». N'ayant examiné l'intéressé qu'à partir du 7 novembre 2007, l'expert ne disposait toutefois pas de points de comparaison pour se prononcer sur les taux de capacité de travail jusqu'à cette date. Le Dr B\_\_\_\_\_ n'avait en outre constaté aucune lésion traumatique visible sur le vu du dossier radiologique et s'est étonné du diagnostic de fracture de la base du 2<sup>ème</sup> métatarsien du pied gauche. La marche se faisait sans boiterie. La palpation de l'épaule gauche n'entraînait aucune douleur. L'expert a conclu au recouvrement d'une pleine capacité de travail dès le 15 novembre 2007. L'assuré pouvait procéder au montage de son stand, peut-être de temps en temps avec un peu d'aide de l'extérieur. Il pouvait également animer son stand, malgré que sa cheville et son pied soient un peu enflés en fin de journée. Dans sa discussion du cas, le Dr B\_\_\_\_\_ a estimé que l'accident du 19 avril 2006 avait essentiellement occasionné des contusions et peut-être une entorse à la cheville (gauche) ou du médio-tarse. Au niveau du membre inférieur gauche, l'algoneurodystrophie diagnostiquée par la scintigraphie avait justifié le traitement par Miacalcic, mais lors de son examen clinique du 7 novembre 2007, il n'avait constaté aucun signe d'algoneurodystrophie au niveau dudit membre. Le patient ne s'était pas plaint de son genou gauche ni de sa main droite, ni de sa cheville, ni de son médio-tarse, mais essentiellement de son gros orteil. Il était possible qu'il ait une petite arthrose de l'articulation métatarsio-phalangienne du gros orteil, mais sans relation avec l'accident. Il était également possible que l'épaule gauche ait été légèrement contusionnée lors de la chute ; il ne devait pas s'agir d'une grosse contusion, car sinon elle aurait été mentionnée sur les documents médicaux initiaux, tant du Dr A\_\_\_\_\_ que des H.U.G., ce qui n'était pas le cas ; en outre, le patient se serait plaint de son épaule plus rapidement, puisqu'il devait marcher avec deux cannes et que, de ce fait, l'épaule était mise à contribution. Dans un courrier du 25 juin 2008 adressé à Me ZELLWEGGER, le Dr A\_\_\_\_\_ s'est exprimé sur le rapport d'expertise du Dr B\_\_\_\_\_ du

17 novembre 2007. D'après le médecin traitant, « pour justifier la persistance des symptômes, seule une scintigraphie osseuse pourrait être comparée à celle qui avait été réalisée initialement pour confirmer ou infirmer le fait qu'il n'y ait plus, selon l'expert, de signe d'algoneurodystrophie ». Concernant la fin du traitement d'accident, il était clair que toutes contusions étaient raisonnablement guéries entre 3 et 6 mois au maximum et que seule une lésion secondaire liée à l'accident, tel qu'un Sudeck (constaté en l'occurrence), pouvait en faire durer les effets au-delà des termes standards. Le 23 septembre 2008, l'assuré a transmis à la ZÜRICH divers avis médicaux, ainsi que l'expertise du Dr B \_\_\_\_\_ du 17 novembre 2007. Selon lui, ces documents visaient à corroborer les incapacités de travail attestées par le Dr A \_\_\_\_\_ comme étant « la résultante directe de l'accident ». Par pli du 9 octobre 2008, la ZÜRICH a maintenu son point de vue. Selon elle, les avis médicaux produits avaient été délivrés sur la seule base des plaintes du patient, sans aucune objectivation médicale. En tout état de cause, l'intéressé semblait souffrir de maux et de limitations de manière très sélective et pour le moins inexplicables d'un point de vue médical, compte tenu des résultats de l'enquête à laquelle l'assureur avait fait procéder. L'assuré avait allégué une incapacité de travail de 100%, alors qu'il travaillait sur ses différents stands. Ce comportement tombait sous le coup de l'art. 40 LCA (évent. 146 CPS). Par ailleurs, celui-ci avait travaillé, même partiellement en novembre 2006, ce qui signifiait qu'il n'avait pas correctement informé son médecin traitant (ni son assureur) sur ses réelles capacités et limitations, et qu'il ne s'était pas conformé au traitement médical prescrit. On pouvait donc légitimement se demander depuis quand il avait pu reprendre une activité professionnelle partielle. Dès lors, celui-ci n'avait pas entrepris toutes les démarches requises en vue de limiter le dommage et donc recouvrer pleine et entière capacité de travail plus rapidement. A cet égard, l'art. 61 LCA s'appliquait également. Audit courrier, la ZÜRICH a joint un DVD contenant des photographies et vidéos réalisées au cours des contrôles effectués (en novembre 2006). Par acte du 31 octobre 2008, l'assuré a déposé à l'encontre de la ZÜRICH une réquisition auprès de l'office des poursuites compétent en vue du paiement de 100'000 fr. avec intérêts dès le 1<sup>er</sup> décembre 2006, au titre d'indemnisation du sinistre du 19 avril 2006 (poursuite n° 133514). En temps utile, l'assureur a formé opposition au commandement de payer notifié le 18 novembre suivant. Par demande déposée le 11 février 2009 devant le Tribunal de céans, le demandeur a en particulier conclu à ce que la ZÜRICH soit condamnée à lui payer 69'116 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009, à titre d'indemnités journalières pour la période du 1<sup>er</sup> novembre 2006 au 16 décembre 2007. En substance, il a repris son argumentation précédemment développée devant l'assurance. Il a encore précisé que l'on ne pouvait pas reprocher à un indépendant de suivre de l'œil son commerce, soit en l'occurrence en se déplaçant dans une foire sur une trottinette électrique, ce qui ne faisait d'ailleurs qu'étayer son incapacité. Certains des enregistrements litigieux avaient en outre été effectués alors qu'il avait recouvré une capacité de travail partielle. La ZÜRICH n'avait en tout cas pas valablement remis en cause, en particulier par une contre-expertise, son incapacité de travail et le Dr B \_\_\_\_\_, dans son expertise du 17 novembre 2007, n'avait pas expressément contredit l'incapacité de travail évaluée par le Dr A \_\_\_\_\_. Enfin, l'attitude générale de la défenderesse était contraire à la bonne foi. En particulier, un assureur ne pouvait se prévaloir d'une résiliation (préventive) de la police d'assurance pour se départir de ses engagements résultant de ladite police. Dans sa réponse du 15 avril 2009, la ZÜRICH a conclu au déboutement du demandeur de toutes ses conclusions, ainsi qu'à l'allocation de dépens. Elle a en substance fait valoir qu'elle avait résilié le contrat

d'assurance par courrier recommandé du 26 septembre 2006 (envoyé le lendemain), pour le 31 décembre 2006, en application de l'art. 98 LCA. A cet égard, elle a produit une « liste des codes à barres pour les lettres avec justificatif de distribution » d'un bureau de poste de Lausanne (siège roman de la ZÜRICH) attestant qu'elle avait envoyé deux courriers recommandés le 27 septembre 2006 (sans précision de destinataire) (pièce 8, déf.). En outre, par courrier du 31 octobre 2006, elle avait confirmé ladite résiliation. Dans ces conditions, le demandeur ne pouvait soutenir que le contrat n'avait pas été résilié pour le 31 décembre 2006. De toute façon, la défenderesse avait résolu le contrat le 7 mars 2007, sur la base de l'art. 40 LCA, dès lors que l'assuré avait prétendu indûment subir une incapacité de travail totale, alors qu'il avait pleinement poursuivi son activité professionnelle durant la Foire de Genève, le 14 novembre 2006, selon le rapport de surveillance de

X \_\_\_\_\_ du 19 novembre 2006. De plus, alors qu'il prétendait se trouver en incapacité de travail à 50%, il avait travaillé à plein temps, du 10 au 14 octobre 2007, selon le rapport d'enquête du détective M \_\_\_\_\_ du 22 octobre/5 novembre 2007. Le 22 mai 2009, le Tribunal de céans a demandé à la ZÜRICH de produire l'avis de réception de la lettre de résiliation du 26 septembre 2006. Par courriers des 4 et 26 juin 2009, la ZÜRICH a informé le Tribunal qu'elle n'avait pas retrouvé ledit avis et que les recherches effectuées par la poste avaient été infructueuses (cf. courrier de la Poste du 23 juin 2009) ; de plus, selon information orale d'une collaboratrice de la poste de Lausanne (Madame N \_\_\_\_\_), seuls les avis de réception depuis 2007 étaient encore disponibles. La défenderesse a également produit copie d'une lettre datée de « novembre 2006 » confirmant à l'assuré l'annulation au 1<sup>er</sup> janvier 2007 de la police n°12.921.425. Elle a également relevé que, dans son courrier du 27 mars 2007, la DAS avait fait mention de la résiliation préventive du 26 septembre 2006, sans faire valoir que son client ne l'avait pas reçue, « établissant ainsi avoir pris connaissance de ce courrier ». De plus, ce n'était que par courrier de son avocat (Me ZELLWEGGER) du 28 août 2007 au plus tôt que l'assuré avait signalé, pour la première fois, qu'il n'avait « vraisemblablement » pas reçu ladite résiliation. Dans ces conditions, elle a estimé qu'il était établi que l'intéressé avait reçu le courrier contesté. Par pli du 2 juillet 2009, l'assuré a confirmé qu'il n'avait pas reçu le courrier en question à l'époque et qu'il n'en avait eu connaissance, pour la première fois, qu'après que son avocat en eût réclamé une copie, par courrier du 10 août 2007. Le 21 septembre 2009, le Tribunal a requis du demandeur en particulier la production des courriers du Dr A \_\_\_\_\_ mentionnés dans l'expertise du Dr B \_\_\_\_\_ du 17 novembre 2007. Par courrier du 5 octobre 2009 (transmis en copie à la défenderesse), le demandeur a indiqué être en attente de ces documents, demandés au Dr A \_\_\_\_\_ par télécopie du 1<sup>er</sup> octobre précédent. Il a également précisé avoir réglé à la ZÜRICH des primes d'assurances au-delà du 1<sup>er</sup> janvier 2007, et que cette dernière les lui « aurait » ensuite spontanément remboursées. Il ferait parvenir au Tribunal dès que possible les relevés de comptes attestant ces différents transferts. A ce jour, les documents annoncés n'ont pas été transmis au Tribunal de céans. EN DROIT Selon l'art. 107, 2<sup>ème</sup> phrase des CGA, le for du litige (non impératif selon l'art. 2 de la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors (LFors), à laquelle renvoie l'art. 46a in fine de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 : LCA) peut être Zürich ou – pour autant que les personnes concernées vivent en Suisse – leur lieu de domicile. En l'occurrence, on peut se demander si le demandeur est effectivement domicilié à Genève, dans la mesure où, selon le rapport de surveillance du X \_\_\_\_\_ S du 19 novembre 2006 aucun nom similaire au sien ne figurait sur les boîtes aux lettres du n° 6 de la route des Jeunes. En outre, cette

adresse, sise en zone industrielle, est, principalement, le siège de diverses entreprises et sociétés (<http://tel.search.ch/?wo=route+des+Jeunes+6+GE#pos10>), et non d'appartements privés. Toutefois, cette question peut demeurer indéterminée en l'occurrence, dès lors que la défenderesse n'a pas contesté la compétence ratione loci du Tribunal de cantons et qu'il s'agit par ailleurs d'un for non impératif, auquel les parties peuvent librement déroger (art. 9 LFors). Par ailleurs, conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 4 et let. c de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique tant des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal) que des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la LAMal, et à l'assurance-accidents obligatoire prévue par la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA), relevant de la LCA précitée. Partant, la compétence matérielle et territoriale du Tribunal de cantons pour juger du cas d'espèce doit être admise. Le juge statue sur les contestations de droit privé qui s'élèvent entre les entreprises d'assurance ou entre celles-ci et les assurés (art. 85 al. 1 de la loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées du 17 décembre 2004 - LSA). Le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves (art. 85 al. 2 LSA). Le litige porte sur la question de savoir si la défenderesse est tenue de verser au demandeur des indemnités journalières du 1er novembre 2006 au 16 décembre 2007. La défenderesse fait tout d'abord valoir qu'elle ne saurait être tenue au paiement des prestations litigieuses, dès lors qu'elle avait procédé à une « résiliation préventive » du contrat d'assurance par lettre recommandée du 26 novembre 2006, avec effet au 31 décembre suivant. Or la preuve de cet acte formateur, dont elle se prévaut, lui incombe (Deschenaux, Le titre préliminaire du code civil, p. 238 sv.; Kummer, Berner Kommentar, ad art. 8 CC note 305 ; arrêt K 105/02 du 28 février 2003, consid. 4.3). Le degré exigé pour cette preuve est celui de la certitude et non celui, réduit, de la vraisemblance prépondérante (comp. arrêt 5C\_97/2005 du 15 septembre 2005, consid. 4). Il s'ensuit que la défenderesse ne saurait en particulier rien tirer du fait que, dans son courrier à la ZÜRICH du 27 mars 2007, la DAS s'était référée à la résiliation préventive du 26 septembre 2006 sans faire valoir que son client ne l'avait pas reçue. Elle ne saurait pas davantage invoquer le fait que l'assuré aurait tardé à réagir à cet égard, ni n'avait contesté avoir reçu la lettre de la ZÜRICH du 31 octobre 2006 confirmant ladite résiliation. Faute d'avoir produit la preuve requise, ce moyen doit donc être écarté. En tout état, on peut admettre que la défenderesse a accepté implicitement de prolonger le contrat au-delà du 31 décembre 2006, dans la mesure où, par courrier du 7 mars 2007, elle s'est prévalu de l'art. 40 LCA, invoquant qu'elle n'était pas (ou plus) liée par le contrat d'assurance envers le demandeur, auquel elle reprochait en particulier d'avoir dissimulé le fait que, contrairement aux certificats médicaux produits, il ne subissait pas une incapacité de travail de 100%, lorsqu'il travaillait à la Foire de Genève en 2006. Sous le titre marginal "prétention frauduleuse", l'art. 40 LCA prévoit que si l'ayant droit ou son représentant, dans le but d'induire l'assureur en erreur, dissimule ou déclare inexactement des faits qui auraient exclu ou restreint l'obligation de l'assureur, ou si dans le but d'induire l'assureur en erreur, il ne fait pas ou fait tardivement les communications que lui impose l'art. 39 LCA, l'assureur n'est pas lié par le contrat envers l'ayant droit. Selon la jurisprudence, il faut ainsi d'abord, d'un point de vue objectif, que la dissimulation ou la déclaration inexacte porte sur des faits qui sont propres à influencer l'existence ou l'étendue d'une obligation de l'assureur, autrement dit que sur la base d'une déclaration correcte des

faits en question, l'assureur n'aurait versé qu'une prestation moindre ou même aucune prestation (Jürg Nef, Commentaire bâlois, n. 16 ad art. 40 LCA et les références citées). Il faut en outre, d'un point de vue subjectif, que l'ayant droit ait agi avec la conscience et la volonté d'induire l'assurance en erreur, sans qu'il importe qu'il soit parvenu ou non à ses fins (Jürg Nef, op. cit., n. 17 et 24 ad art. 40 LCA). En vertu de l'art. 8 CC - selon lequel chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit - il incombe à l'assureur de prouver l'intention frauduleuse (arrêt 5C.11/2002 du 11 avril 2002 in : JdT 2001 531 consid. 2a; Jürg Nef, op. cit., n. 25, 57 et 61 ss ad art. 40 LCA; Bernard Viret, Droit des assurances privées, 3e éd., 1991, p. 143). Si cette preuve ne peut être déduite des seules circonstances objectives, soit de l'inexactitude relative aux circonstances du sinistre ou au montant du dommage (Thomas Pfister, Versicherungsbetrug : zivilrechtliche Aspekte in : Münch/Geiser, Schaden - Haftung - Versicherung, n. 21.27 et les réf. citées), elle doit en principe être tenue pour rapportée lorsque l'assureur prouve que l'ayant droit a falsifié des titres (facture, quittance, attestation) ou lorsqu'une erreur dans l'indication du montant du dommage est exclue, de telle sorte que l'ayant droit ne pouvait qu'être conscient de l'inexactitude du montant indiqué (Jürg Nef, op. cit. n. 62 et 64 ad art. 40 LCA et les réf. citées) (arrêt 5C-2/2007 du 17 octobre 2007, consid. 4.1).

5.3 En l'espèce, il convient d'emblée de relever le contrat d'assurance conclu entre les parties se caractérise comme une assurance contre les dommages, et plus particulièrement contre la perte de gain (cf. art. 16 et 22 CGC et lettre de la DAS du 27 mars 2007, supra, § 14 ; arrêt 4C\_97/2007 du 2 novembre 2007, consid. 3 ; ATF 119 II 361 consid. 4). Les prestations d'assurance ne sont donc pas dues indépendamment du dommage causé par l'incapacité de travail. Or, il apparaît en l'espèce que le demandeur a poursuivi son activité professionnelle durant la période litigieuse (en participant à diverses foires en Suisse romande), et qu'il a, selon toute vraisemblance, réalisé un gain à cette occasion. En effet, à la suite de son accident du 19 avril 2006, afin, selon lui, de « maintenir quand même en activité réduite sa petite entreprise » (cf. lettre de la DAS à la ZÜRICH du 27 mars 2007), l'intéressé a été en mesure de se procurer, indépendamment des indemnités journalières versées par l'assurance, un revenu suffisant pour payer ses divers collaborateurs (soit, en 2006, 30'000 fr. environ réglés, selon ses dires, à du personnel français non déclaré), ainsi que pour l'intervention de la société de déménagement Y\_\_\_\_\_ (30'000 fr.) (cf. procès-verbal d'entretien du 14 décembre 2006). Or, il s'agissait là de faits qui auraient exclu ou du moins restreint l'obligation de l'assureur, s'ils avaient été portés à sa connaissance (cf. lettre de la défenderesse du 30 novembre 2006). Au demeurant, comme l'a relevé XA\_\_\_\_\_ SA, dont les enquêteurs ont observé l'assuré du 6 au 20 novembre 2007, durant la Foire de Genève, compte tenu du nombre important de stands dont il avait normalement la responsabilité, l'intéressé ne pouvait, de toute façon, pas exercer seul son activité professionnelle, contrairement à ce qu'il avait exposé à la ZÜRICH, par courrier de la DAS du 27 mars 2007 (ainsi qu'au Dr B\_\_\_\_\_, cf. expertise du 17 novembre 2007, p. 4). Il devait au contraire confier ou déléguer le travail aux personnes (une vingtaine en l'occurrence) qui travaillaient pour lui, ainsi qu'à une entreprise professionnelle (Y\_\_\_\_\_). C'est d'ailleurs ce que l'assuré avait lui-même déclaré lors de son entretien du 14 décembre 2006 dans les locaux de la ZÜRICH, avant de changer de version dans la lettre de la DAS du 27 mars 2007. Autrement dit, son activité consistait, pour une part importante, sinon principalement, à gérer de nombreux stands de démonstrations-ventes, en assumant l'organisation, la bonne exécution et la surveillance du travail de ses collaborateurs. Or, pareille activité n'est pas aussi physiquement astreignante

que celle nécessitant « le port de charges lourdes et de longues stations debout », à l'instar de la description que le demandeur a faite de son activité (cf. courrier de la DAS du 27 mars 2007). Sous cet angle, il faut relativiser les diverses incapacités de travail attestées par les certificats médicaux afférents à la période litigieuse. De surcroît, et abstraction faite de l'émission de télévision montrant l'assuré durant la Foire de Genève de 2006 (émission qu'il s'avère superflu de visionner en l'espèce), il ressort des divers rapports de surveillance versés au dossier que, depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2006, le demandeur a exercé son activité professionnelle en contradiction avec les certificats médicaux produits. En particulier, l'assuré a prétendu subir une incapacité de travail (et de gain) totale encore en novembre 2006, alors qu'il a déployé une activité non négligeable, dans sa profession habituelle, durant la Foire de Genève, le 14 novembre 2006, selon le rapport de surveillance de X\_\_\_\_\_ du 19 novembre 2006 (cf. ci-dessus, § 9). D'ailleurs, et même si cela n'est pas décisif en soi, le demandeur n'a pas poursuivi ses séances de physiothérapie et d'ostéopathie, au-delà du 6 août, respectivement du 8 septembre 2006, ce qui est indicatif d'une amélioration de son état de santé dès le début du mois de septembre 2006. On relèvera également que, dans son certificat du 10 octobre 2006 (dont le Dr B\_\_\_\_\_ fait état dans son expertise du 17 novembre 2007, p. 3), le Dr A\_\_\_\_\_ estimait que la capacité de travail de son patient devrait être totale « avant la fin de l'année 2006 ». De plus, alors qu'il affirmait se trouver en incapacité de travail à 50%, le demandeur a exercé son activité à plein temps, du 10 au 14 octobre 2007, selon le rapport d'enquête du détective M\_\_\_\_\_ du 22 octobre/5 novembre 2007. Il convient de se référer également au rapport de XA\_\_\_\_\_ SA, selon lequel, les 7 et 18 novembre 2007, l'intéressé avait travaillé de 7h à 19h, respectivement huit heures d'affilée, en aidant activement au montage des stands, sans jamais être gêné par des douleurs. De même, l'intéressé s'est contredit devant l'enquêteur de Z\_\_\_\_\_, chargé de le surveiller durant le comptoir de Martigny du 28 septembre au 7 octobre 2007, en affirmant se limiter à venir sur ses stands « pour prendre des enveloppes », alors que ce même enquêteur avait pu constater qu'il occupait ses journées aux contrôles de ses sept stands, à la mise en place d'un stand, à la démonstration d'un produit (durant des périodes très énergiques de 90 min), ainsi qu'au nettoyage et démontage des stands. Au vu des constatations qui précèdent, force est de retenir que le demandeur ne pouvait ignorer que les informations qu'il fournissait à l'assurance relativement à sa capacité de travail et de gain étaient inexactes ou incomplètes. Dès lors, son intention frauduleuse apparaît clairement établie. Par conséquent, c'est à juste titre que, par courrier du 7 mars 2007, la défenderesse s'est prévalu de l'art. 40 LCA en l'occurrence pour mettre fin au contrat avec effet immédiat et refuser toutes prestations au-delà du 31 octobre 2006, étant par ailleurs relevé que les rapports de surveillance, établis postérieurement au 7 mars 2007, n'ont fait que corroborer les constatations initiales de la défenderesse à cet égard. Partant, il convient de rejeter la demande. Les parties ne supportent pas de frais de procédure mais le juge peut mettre à la charge de la partie téméraire tout ou partie de ces frais (art. 85 al. 3 LSA). En revanche, en application de l'art. 89H LPA, considérant que le demandeur a tenté d'induire en erreur la défenderesse pour la fixation des prestations, il conviendra de lui faire supporter les frais de la présente procédure, fixés en l'espèce à 1'000 fr. Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens. En effet, même si l'art. 89H al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA) prévoit qu'une indemnité est allouée au recourant qui obtient gain de cause, le législateur genevois a voulu compléter les garanties procédurales conférées par la législation fédérale en matière d'assurances complémentaires à l'assurance sociale en

excluant l'allocation de dépens à l'assureur, de sorte qu'une institution d'assurance, même dans le cadre d'un contentieux relevant de la LCA, n'a pas droit à une indemnité de dépens devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (ATF non publié 4A\_382/2008 du 12 novembre 2008, consid. 4.2.1). PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : Déclare la demande recevable ; Au fond : La rejette ; Dit qu'il n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens ; Met à la charge du demandeur un émolument de 1'000 fr. ; Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF) auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) pour ce qui a trait aux prestations relevant de la LAMal et/ou par la voie du recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral (av. du Tribunal fédéral 29, case postale, 1000 Lausanne 14), conformément aux art. 72 ss LTF en ce qui concerne les prestations relevant de la LCA; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant 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 recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi. La greffière Florence SCHMUTZ Le Président suppléant Jean-Louis BERARDI Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral de la santé publique et à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers par le greffe le

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