

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1654/2016

ATAS/49/2017

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre des assurances sociales**

**Arrêt du 23 janvier 2017**

**6<sup>ème</sup> Chambre**

En la cause

Monsieur A\_\_\_\_\_, domicilié à Vernier, représenté par  
FORTUNA Protection Juridique SA

demandeur  
principal/  
défendeur  
reconventionnel

contre

SWICA ASSURANCE MALADIE SA, sis Direction  
générale;Römerstrasse 38, Winterthur

défenderesse  
principale/  
demanderesse  
reconventionnelle

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Jean-Pierre WAVRE,  
Juges assesseurs**

---

---

**EN FAIT**

1. Monsieur A\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le demandeur), né en 1957, travaillait en qualité de chef de cuisine d'un restaurant depuis avril 2002 lorsqu'il a été victime d'une chute le 12 mai 2002, entraînant plusieurs fractures à la jambe droite. Les suites de cet événement ont été prises en charge par l'assureur-accident de la société d'exploitation du restaurant.
2. En parallèle, l'office de l'assurance-invalidité du canton de Genève (ci-après : l'OAI) a considéré que la capacité de travail de l'assuré était entière dans un poste sédentaire. Par la suite, l'OAI a mis en œuvre une mesure de reclassement professionnel qui a débouché, le 1<sup>er</sup> juin 2009, sur l'engagement de l'assuré comme responsable de production auprès d'une société.
3. Par décision du 25 janvier 2010, l'OAI a nié le droit de l'assuré à une rente d'invalidité, au motif que le taux d'invalidité de 27 % était insuffisant pour ouvrir droit à une telle prestation.
4. De son côté, l'assureur-accidents a rendu une décision le 14 mars 2011, confirmée sur opposition le 9 août suivant, par laquelle il lui allouait, à partir du 1<sup>er</sup> juin 2009, une rente d'invalidité fondée sur un taux d'incapacité de gain de 21 %.
5. Saisie d'un recours de l'assuré contre la décision de l'assureur-accidents du 9 août 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice a annulé partiellement cette dernière par arrêt du 5 mars 2012 (ATAS/239/2012), en ce sens que l'assuré avait droit, dès le 1<sup>er</sup> juin 2009, à une rente d'invalidité de l'assurance-accidents, fondée sur un taux d'incapacité de gain de 27 %. Ce taux avait été obtenu en revoyant à la hausse (CHF 91'000.-) le revenu sans invalidité que l'assuré aurait obtenu en tant que chef de cuisine en 2009 et en le comparant à celui qu'il réalisait depuis le 1<sup>er</sup> juin 2009 en tant que responsable de production (CHF 66'000.-).
6. Par arrêt 8C\_311/2012 du 10 mai 2013, le Tribunal fédéral a rejeté le recours interjeté par l'assureur-accidents contre l'arrêt ATAS/239/2012 du 5 mars 2012.
7. Le 1<sup>er</sup> janvier 2015, l'assuré a été engagé par B\_\_\_\_\_ Sàrl (ci-après : B\_\_\_\_\_ ou l'employeur) en tant qu'expert-comptable à plein temps. À ce titre, il était assuré auprès de Swica Assurance-maladie SA (ci-après : l'assureur ou la défenderesse) pour la perte de gain en cas de maladie via l'assurance collective d'indemnités journalières souscrite par son employeur.
8. Le 24 février 2015, l'employeur a annoncé à l'assureur que l'assuré était en arrêt de travail complet depuis le 19 janvier 2015. Selon les informations communiquées à l'assureur, le salaire de l'assuré s'élevait à CHF 6'000.-, versé en douze mensualités et son incapacité de travail durerait probablement plus de trente jours.
9. L'assureur s'est également vu transmettre une succession de certificats délivrés par la doctoresse C\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en médecine interne générale, attestant d'une incapacité de travail complète du 19 janvier au 25 mai 2015 puis de 50 % à partir du 26 mai 2015. Il ressortait également d'un rapport du

3 février 2015, établi par le docteur D\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en gastroentérologie, qu'une gastroscopie pratiquée le même jour confirmait la présence d'une hernie hiatale de taille moyenne, compliquée d'une œsophagite peptique légère. La coloscopie ne montrait pas de polype.

10. Le 6 mars 2015, l'assuré est apparu sur la liste électorale du parti E\_\_\_\_\_ (E\_\_\_\_\_) en tant que candidat au poste de conseiller municipal de la ville de Vernier. À la même date, un bref portrait de l'assuré était également visible sur la page Facebook de la section verniolane du E\_\_\_\_\_, louant les qualités du candidat et invitant les électeurs à accorder leur suffrage à la liste du E\_\_\_\_\_.
11. Par rapport du 16 mars 2015, l'hôpital de la Tour a informé la Dresse C\_\_\_\_\_ que l'assuré avait été admis, la veille, au service des urgences de cet établissement, en raison de douleurs basithoraciques gauches apparues brutalement en soirée. La doctoresse F\_\_\_\_\_, médecin interne, avait relevé un bon état général mais une obésité morbide lors de l'examen clinique. Le diagnostic de sortie mentionnait une « douleur thoracique, sans précision (R07.4) »
12. Le 19 avril 2015, l'assuré a été élu au conseil municipal Vernier. Depuis lors, il a participé activement à de nombreuses séances et travaux de cet organe, notamment en tant que rapporteur de la commission G\_\_\_\_\_.
13. Dans un rapport du 4 mai 2015 à l'assureur, la Dresse C\_\_\_\_\_ a posé les diagnostics suivants avec effet sur la capacité de travail :
  - burn out (présent depuis début 2015) ;
  - insuffisance respiratoire ;
  - insuffisance cardiaque – HTA (hypertension artérielle) ;
  - précordialgies (présentes depuis mars 2015).

En revanche, la gastrite chronique, le diabète de type II, la dyslipidémie ainsi que l'hypertension artérielle étaient sans effet sur la capacité de travail.

La Dresse C\_\_\_\_\_ suivait l'assuré depuis 1984. Dans le cas particulier, le traitement avait commencé le 19 janvier 2015 et était toujours en cours. Même si le pronostic était favorable – en ce sens que l'assuré paraissait pouvoir retrouver une capacité de travail ultérieurement, à une date encore indéterminée –, il existait actuellement des restrictions à l'activité exercée à ce jour. En effet, l'assuré souffrait d'asthénie et de dyspnées. Ces troubles diminuaient son rendement au travail et ne permettaient pas d'envisager une reprise de celui-ci dans l'immédiat.

Interrogée sur les activités qui étaient adaptées au handicap de l'assuré, la Dresse C\_\_\_\_\_ a indiqué que seules les activités exercées en position assise répondaient à ce critère. Pour le surplus, les capacités d'adaptation et la résistance étaient limitées depuis janvier 2015.

14. Le 26 mai 2015, l'assuré a repris son activité professionnelle à 50 %.

15. Le 30 juillet 2015, l'assuré a déposé une demande de prestations auprès de l'OAI, indiquant qu'il souffrait d'un problème cardio-vasculaire depuis le 19 janvier 2015.
16. Le 18 août 2015, le docteur H\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en cardiologie, a pratiqué une coronographie, précisant que cet examen avait mis en évidence une ischémie silencieuse.
17. Par courrier du 31 août 2015 à l'assureur, le Dr H\_\_\_\_\_ a indiqué que la coronographie réalisée le 18 août 2015 confirmait la présence d'une maladie coronarienne. L'assuré était actuellement dans l'attente d'une « procédure de désobstruction » de sa coronaire.
18. Faisant suite à une demande de renseignements de l'assureur, du 27 août 2015, la Dresse C\_\_\_\_\_ a répondu le 7 septembre 2015 que l'incapacité de travail était due à une péjoration de la dyspnée ainsi qu'à une confirmation de la coronaropathie. Ces causes n'avaient pas d'incidence sur la capacité de travail résiduelle pour le moment, mais l'assuré devait encore subir une intervention cardiologique. L'activité actuelle n'était probablement plus exigible.  
  
Interrogée sur une éventuelle augmentation de la capacité de travail dans une activité adaptée, la Dresse C\_\_\_\_\_ a répondu qu'une telle éventualité supposait « moins de stress ». Pour le surplus, une augmentation de la capacité de travail passait par un suivi médical régulier ainsi qu'une augmentation des activités physiques. Le plan thérapeutique actuel prévoyait une optimisation des traitements médicamenteux. Enfin, la capacité de travail n'était entravée par aucun problème à caractère non médical (environnement social).
19. Par courrier du 13 novembre 2015, l'assuré, représenté par son assurance de protection juridique, a interpellé l'assureur au sujet du montant des indemnités journalières qui lui avaient été allouées pour le mois d'octobre 2015. Celles-ci correspondaient à un taux d'incapacité de travail de 50 %. Or, la Dresse C\_\_\_\_\_ avait attesté par certificat du 30 octobre 2015 que la capacité de travail de l'assuré était nulle du 30 septembre au 1<sup>er</sup> novembre 2015. En effet, l'assuré avait subi, le 30 septembre 2015, une intervention chirurgicale pratiquée par le Dr H\_\_\_\_\_ (recte : le docteur I\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en cardiologie). Cette dernière s'était soldée par un échec. Aussi a-t-il invité l'assureur à verser les prestations d'assurance pour le mois d'octobre 2015 en fonction d'une incapacité de travail de 100 %.
20. Dans un rapport du 18 novembre 2015, le Dr H\_\_\_\_\_ a diagnostiqué une maladie coronarienne d'un vaisseau ainsi qu'une occlusion chronique de la coronaire droite – avec échec de la désobstruction percutanée tentée le 30 septembre 2015 par le Dr I\_\_\_\_\_. Le tabagisme actif, l'hypertension artérielle, le diabète ainsi que l'hypercholestérolémie représentaient autant de facteurs de risques cardiovasculaires. Le Dr H\_\_\_\_\_ a précisé qu'il avait opté, en accord avec l'assuré, pour une approche pharmacologique en ajoutant notamment des bêtabloqueurs à son traitement habituel.

21. Le 20 novembre 2015, l'assureur a fait savoir à l'assuré qu'il entendait subordonner le paiement de plus amples prestations à certaines clarifications et vérifications préalables. Aussi a-t-il invité l'assuré à compléter un questionnaire.
22. Déférant à cette demande le jour-même, l'assuré a indiqué qu'il ressentait un état de fatigue permanent. Actuellement, il travaillait à mi-temps avec peine et il ne savait pas dans quelle mesure cet état allait évoluer. Il se rendait au travail entre 9h00 et 10h00 le matin puis retournait se reposer à la maison entre 13h00 et 14h00, en fonction de son état de fatigue. Il était également élu au Conseil municipal de Vernier et participait aux séances où il votait selon les consignes de son groupe politique. Interrogé sur ce qui s'était produit le 19 janvier 2015, ayant pu motiver un arrêt de travail, l'assuré a répondu qu'il vivait une situation de stress et de fatigue liée à des problèmes familiaux. Lors de son engagement, il se sentait apte à travailler à 100 %. Il n'avait pas travaillé pendant qu'il était en arrêt de travail complet. À la question de savoir depuis quand il souffrait de troubles cardiaques, l'assuré a répondu qu'il était sujet à de l'hypertension depuis 2003, probablement en raison de sa surcharge pondérale. Interrogé sur la date d'apparition de « problèmes de santé mentale (trouble dépressif) », l'assuré a répondu que ceux-ci s'étaient manifestés le 19 janvier 2015, sous forme de comportements peu cohérents au bureau. C'était la Dresse C\_\_\_\_\_ qui avait diagnostiqué ces troubles psychiques, probablement autour du 20 février 2015. L'assuré a signalé qu'une demande de prestations d'assurance-invalidité était en cours d'instruction, précisant qu'il demandait l'octroi d'une rente partielle. Actuellement, il était au bénéfice d'une rente d'invalidité viagère LAA.
23. Le 2 décembre 2015, le Dr H\_\_\_\_\_ a répondu à diverses questions que lui avait posées l'assureur. Il suivait l'assuré pour une dyspnée multifactorielle depuis le 20 juillet 2015, date du premier rendez-vous. D'un point de vue cardiologique, il n'existait pas, à l'heure actuelle, de limitation fonctionnelle justifiant une incapacité de travail. Les arrêts de travail de l'assuré étaient gérés par le médecin traitant, la Dresse C\_\_\_\_\_. Cette dernière assurait également le suivi médical des autres problèmes médicaux – cardiologiques exceptés – et non médicaux.
24. Par courrier du 9 décembre 2015, l'assureur a fait savoir à la Dresse C\_\_\_\_\_ que le Dr H\_\_\_\_\_ était d'avis que d'un point de vue cardiologique, il n'existait pas de limitations fonctionnelles justifiant un arrêt de travail à l'heure actuelle. Aussi l'assureur a-t-il invité la Dresse C\_\_\_\_\_ à lui faire parvenir un rapport médical circonstancié motivant l'arrêt de travail de 50 % attesté par ses soins.
25. En réponse à ce courrier, la Dresse C\_\_\_\_\_ a mentionné le 22 décembre 2015 que l'assuré présentait un angor et une dyspnée d'effort persistants, limitant sa résistance physique. Il se plaignait d'une fatigabilité augmentée, de manque d'énergie et d'un état dépressivo-anxieux réactionnel entraînant une baisse de ses performances.

26. Par courrier du 29 décembre 2015, l'assuré a indiqué qu'il n'existait pas de contrat écrit régissant ses rapports de travail avec l'employeur. L'assuré a toutefois produit :
- le certificat de salaire, établi le 16 décembre 2015 par l'employeur, mentionnant un revenu brut total de CHF 51'858.35 pour l'année 2015, soit CHF 48'326.95 net ;
  - une attestation AVS de l'employeur, datée du 17 décembre 2015, indiquant que le salaire soumis à cotisations AVS/AI/APG/AC s'élevait à CHF 25'111.25 en 2015 ;
  - une attestation de l'employeur datée du 21 décembre 2015, signée par Monsieur J\_\_\_\_\_, gérant, confirmant que l'assuré faisait partie des effectifs de l'entreprise depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015, sans contrat de travail écrit. Il était précisé que ni l'employeur ni l'assuré n'avaient jugé utile de formaliser leurs relations au moyen d'un tel document, vu le rapport de confiance existant entre les parties. Au demeurant, un lien de subordination existait bel et bien via M. J\_\_\_\_\_ lui-même et « Madame K\_\_\_\_\_ », qui était chargée de distribuer les tâches et d'en contrôler l'exécution ;
  - un planning des rendez-vous professionnels de l'assuré en janvier et février 2015 ;
  - une récapitulation des primes de la « police année 2015 » d'Helvetia Fondation collective de prévoyance du personnel (ci-après : Helvetia), mentionnant que le salaire de l'assuré, annoncé par l'employeur à cette institution, s'élevait à CHF 55'000.- pour l'année 2015.
27. Par courrier du 4 janvier 2016, l'assureur a fait savoir à l'assuré qu'il avait travaillé à plusieurs reprises au cours d'une période durant laquelle il était réputé totalement incapable de travailler. Ce fait qui avait une influence directe sur les prestations, n'avait pas été porté à la connaissance de l'assureur. En conséquence, l'assuré était invité à prendre position par écrit à ce sujet.
28. Le 18 février 2016, l'assuré a admis qu'il avait été nommé administrateur des sociétés L\_\_\_\_\_ SA et M\_\_\_\_\_ SA, le 23 mars, respectivement le 24 mars 2015, et qu'il était également le gérant de N\_\_\_\_\_ Sàrl depuis le 10 avril 2015. Il n'était toutefois plus l'administrateur des deux premières entités depuis le 16 avril 2015 et ses fonctions auprès de N\_\_\_\_\_ Sàrl avaient pris fin le 2 juillet 2015. De toute manière, l'unique activité effectuée en faveur de ces sociétés avait consisté à signer des documents rédigés et préparés par le notaire, service pour lequel il n'avait pas été rémunéré. Dès lors qu'il ne s'agissait pas là d'un travail, il n'avait pas menti en indiquant le 20 novembre 2015 qu'il n'avait pas travaillé durant son arrêt de travail à temps complet.

S'agissant de son élection, le 19 avril 2015, au poste de conseiller municipal de la ville de Vernier, ce n'était pas lui qui avait travaillé pour ce résultat mais le peuple qui s'était rendu aux urnes.

Le 6 octobre 2015, il avait effectivement participé à une séance du conseil municipal de 20h00 à 23h00 mais il s'agissait bien de la seule activité accomplie durant toute cette journée. De plus, le fait de participer à des séances du Conseil municipal constituait une activité occasionnelle, bénéfique pour son état psychique et qui n'impliquait aucun effort physique. Par ailleurs, cette activité ne pouvait pas être considérée comme un travail car elle était accessoire. En l'occurrence, il avait touché CHF 116.- pour la séance en question.

Son employeur l'avait bien assuré auprès de l'assureur pour un salaire mensuel de CHF 6'000.-. Si ce revenu n'était que de CHF 5'800.- en janvier 2015 (recte : CHF 5'520.- ; pièce 36, p. 13 défenderesse), cela s'expliquait par la pleine rétribution des dix-huit premiers jours travaillés et par une réduction de celle-ci à 80 % pour les douze jours suivants (délai de carence soumis aux charges sociales).

Il convenait de rappeler que l'assurance perte de gain souscrite par l'employeur obligeait l'assureur à couvrir l'incapacité de l'assuré à accomplir son travail de comptable auprès de l'employeur. Or, cette incapacité, qui avait été constatée et attestée par la Dresse C\_\_\_\_\_, ne pouvait pas être mise en doute par le simple fait d'avoir signé des documents en tant qu'administrateur et assisté à une seule séance du Conseil municipal puisque l'exercice de ces activités avait été occasionnel voire extraordinaire.

Dans le cas particulier, il résultait des rapports médicaux qu'à compter du 19 janvier 2015, l'assuré avait été incapable de travailler dans son activité de comptable en raison d'un état dépressif et d'une artère coronaire bouchée. De surcroît, une intervention chirurgicale s'était révélée nécessaire, ce qui avait entraîné une hospitalisation le 30 septembre 2015. Par conséquent, l'assureur ne pouvait exiger le remboursement des prestations déjà versées ni mettre fin au versement de ses prestations.

En l'état, l'assureur était redevable des prestations d'assurance dues jusqu'au 31 janvier 2016, soit de la somme de CHF 11'128.90, intérêts compris.

Pour corroborer ses dires, l'assuré a produit une attestation délivrée le 19 janvier 2016 par Monsieur O\_\_\_\_\_, administrateur de L\_\_\_\_\_ SA et M\_\_\_\_\_ SA, aux termes de laquelle l'assuré avait été nommé administrateur unique des sociétés précitées lors de leur constitution, sans participer à aucune discussion ni préparer aucun document qu'il avait signé. De plus, il n'avait reçu aucune rémunération pour ce service rendu à titre amical.

Enfin, l'assuré a versé une seconde attestation, également datée du 19 janvier 2016, signée par Monsieur P\_\_\_\_\_, gérant de N\_\_\_\_\_ Sàrl, qui était libellée de manière identique à la première, à ceci près que l'assuré avait été nommé « gérant unique » de ladite Sàrl.

29. Par courrier du 12 mars 2016, l'assureur a rappelé à l'assuré que les certificats qui lui étaient parvenus faisaient état des durées et degrés d'incapacité de travail suivants :

Du	Au	Degré d'incapacité de travail
19.01.2015	25.05.2015	100 %
26.05.2015	29.09.2015	50 %
30.09.2015	01.11.2015	100 %
02.11.2015	29.01.2016	50 %

Au cours de la période allant du 19 janvier au 17 octobre 2015, l'assuré avait touché, de la part de l'assureur, des indemnités journalières durant 242 jours, cela pour un total de CHF 26'747.10. Par la suite, le versement de ces indemnités avait été suspendu, provisoirement du moins.

Selon le questionnaire complété et rempli le 20 novembre 2015 par l'assuré, celui-ci aurait été victime de problèmes cardiaques en 2003 déjà et souffrirait de fatigue permanente. Concernant la cause de son incapacité de travail survenue brusquement le 19 janvier 2015, l'assuré avait répondu s'être trouvé dans une situation de stress et d'épuisement consécutive à des problèmes familiaux.

Au vu de la brièveté du laps de temps qui s'était écoulé entre la date de l'entrée en service de l'assuré et celle du constat de son incapacité totale de travailler, l'assureur avait demandé des renseignements médicaux complémentaires à son sujet. Il en ressortait que l'assuré s'était trouvé en traitement médical pour du diabète, de l'hypercholestérolémie, des problèmes cardio-vasculaires et des troubles psychiques à tout le moins depuis février 2014, cela jusqu'au jour de son entrée en service le 1<sup>er</sup> janvier 2015.

Ce constat mettait en lumière le fait que l'assuré souffrait non seulement d'affections récidivantes mais encore d'atteintes aiguës à la santé rendant impossible toute acceptation d'un emploi à plein temps proposé sur le marché du travail, comme le prouvait l'épisode de maladie en cours.

On pouvait en conclure que l'assuré, à l'heure de son entrée en service, était inapte au travail à 100% et qu'il était déjà malade lors de son engagement. Puisque le sinistre était déjà survenu au moment de la conclusion du contrat, celui-ci était nul. Plus précisément : l'intégration de l'assuré en tant que personne assurée dans l'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie était entachée de nullité, à tout le moins pour ce qui avait trait à l'ensemble des atteintes préexistantes à la santé. Il en résultait que plus aucune indemnité journalière ne lui serait allouée pour ces atteintes et que les montants déjà versés par l'assureur l'avaient été à tort et devaient être remboursés.

Quoi qu'il en soit, l'activité déployée par l'assuré en tant qu'administrateur ou gérant de diverses sociétés, ainsi que ses fonctions politiques exercées, alors qu'une

---

attestation d'incapacité totale de travailler avait été établie à son endroit, ne l'autorisaient pas à tirer avantage d'une atteinte à la santé dans la mesure prétendue. De ce fait, on se trouvait en présence d'une prétention frauduleuse au sens de la loi (art. 40 LCA), ayant pour effet de délier l'assureur du contrat et d'exclure l'assuré de l'assurance d'indemnités journalières. Toute couverture s'en trouvait caduque et les prestations qui avaient été versées à tort devaient être remboursées.

En conclusion, il appartenait à l'assuré de rembourser à l'assureur les indemnités journalières touchées indûment, d'un montant de CHF 26'747.10 ainsi que les frais liés à l'établissement de rapports médicaux s'élevant à CHF 372'10, soit un total de CHF 27'119.20.

Enfin, le soupçon existait que l'assuré, qui connaissait son état de santé, ne soit entré au service de son employeur le 1<sup>er</sup> janvier 2015 qu'aux seules fins de profiter des prestations de l'assurance d'indemnités journalières. Cette question n'avait toutefois pas à être tirée au clair « au vu de la netteté de la présente situation juridique ».

30. En réponse à une série de questions qui lui avaient été posées par l'assuré, la Dresse C\_\_\_\_\_ a indiqué le 11 avril 2016 qu'elle soignait l'assuré depuis 1984.

Au niveau psychique, l'état de santé de l'assuré était bon jusqu'en 2015, puis confus et irrationnel lors de la consultation du 19 janvier 2015. Une amélioration avait été perceptible lors de la consultation du 18 mai 2015, puis une stabilisation lors de la consultation du 26 juillet 2015. Ainsi, l'assuré souffrait de troubles dépressifs depuis début 2015. C'était elle qui se chargeait du suivi psychique depuis le 19 janvier 2015. La stabilisation évoquée avait été obtenue par la prescription de Valdoxan et de Paroxétine.

Au niveau physique, l'état de santé était bon jusqu'en 2002 puis marqué par une prise de poids progressive. Les troubles cardiaques, diagnostiqués en juillet 2015, étaient présents depuis avril 2015. Les traitements avaient consisté en la prescription d'un électrocardiogramme d'effort chez le Dr H\_\_\_\_\_, une coronarographie effectuée le 18 août 2015, ainsi qu'en une tentative infructueuse de désobstruction de la coronaire le 30 septembre 2015. L'assuré avait quitté l'hôpital le 1<sup>er</sup> octobre 2015. D'entente avec le Dr H\_\_\_\_\_, elle avait prescrit du Beloc et du Dancor, en plus des médicaments déjà administrés pour stabiliser la tension artérielle et le cholestérol.

Elle avait suivi l'assuré en 2014 de manière régulière car il faisait de l'hypertension artérielle et avait un taux de cholestérol un peu élevé – qu'elle avait stabilisé par voie médicamenteuse. Cela étant, l'assuré n'en avait pas moins une capacité de travail entière en 2014. Depuis lors, son état de santé s'était péjoré, début 2015, avec un état anxio-dépressif important puis une dyspnée qui ne l'était pas moins. Après l'examen du 18 août 2015, un diagnostic de sténose coronarienne de 3 cm avait été établi.

L'incapacité de travail présentée par l'assurée le 19 janvier 2015 n'était pas en lien avec ses problèmes de santé déjà présents en 2014, elle était liée à un problème psychique stabilisé depuis.

Interrogée sur la capacité de travail actuelle de l'assuré dans son activité de comptable et dans une autre activité, la Dresse C\_\_\_\_\_ a répondu qu'à 50 %, l'activité de comptable était sédentaire et demandait de la concentration, mais la dyspnée était continue et les traitements en cours provoquaient également de la fatigue. Elle ne voyait pas d'autres activités compatibles avec son état de santé et elle ne pouvait pas se prononcer sur l'évolution de la capacité de travail à l'avenir. Un pronostic n'était pas non plus possible.

Les limitations présentées par l'assuré dans son activité habituelle se situaient au niveau de la capacité de concentration liée à la fatigue, cette dernière étant probablement due à la prise importante de médicaments.

31. Le 15 avril 2016, l'assuré a transmis ces réponses à l'assureur et a fait valoir qu'il était apte au travail au moment de son engagement le 1<sup>er</sup> janvier 2015, sans pouvoir s'attendre à présenter par la suite des maladies incapacitantes. Renvoyant pour le surplus à ses précédentes explications du 18 février 2016, relatives à ses activités parallèles, il a soutenu que le contrat d'assurance déployait pleinement ses effets. Aussi a-t-il invité l'assureur à reprendre le versement des indemnités journalières à partir du mois d'octobre 2015.
32. Par courriel du 2 mai 2016, l'assureur a fait savoir à l'assuré que la « décision du 12 mars » était basée sur des faits objectifs. Il s'est toutefois déclaré disposer à mettre un terme au différend l'opposant à l'assuré en réduisant ses prétentions en remboursement de CHF 27'119.20 à CHF 5'000.-. Cette proposition est restée sans suite.
33. Le 19 mai 2016, l'assuré, agissant par l'entremise de son représentant, a saisi la chambre de céans d'une demande en paiement contre l'assureur, concluant, sous suite de dépens, à sa condamnation au paiement de CHF 20'435.40 avec intérêts à partir du 9 novembre 2015.

Reprenant en substance l'argumentation développée dans ses précédents courriers à la défenderesse, le demandeur a précisé que le montant réclamé se décomposait comme suit :

- CHF 3'708.60 représentant les indemnités de CHF 157.50 (recte : 157.80) par jour du 1<sup>er</sup> octobre au 1<sup>er</sup> novembre 2015, soit CHF 5'049.60 sous déduction de CHF 1'341.- versés par la défenderesse sous forme d'indemnités journalières à 50 % du 1<sup>er</sup> au 17 octobre 2015 ;
- CHF 16'726.80 correspondant aux demi-indemnités de CHF 78.90 par jours du 2 novembre 2015 au 31 mai 2016, dues pour l'incapacité de travail à 50 % du 2 novembre 2015 au 31 mai 2016.

34. Par réponse du 2 août 2016, la défenderesse a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce qu'il plaise à la chambre de céans, de rejeter la demande en paiement du 19 mai 2016, de « constater que la résiliation du contrat envers [le demandeur] est justifiée et qu'aucune indemnité journalière ne lui est due » et de « constater que [le demandeur] est tenu de rembourser le montant de CHF 27'119.20 avec intérêts à 5 % depuis le 13 mars 2016 ».

Une incapacité de travail avait été attestée à 100 % en date du 19 janvier 2015. Avant, pendant et après cette incapacité de travail, le demandeur était associé et/ou gérant de nombreuses sociétés. En conséquence, la défenderesse demandait le remboursement de l'entier des prestations qu'elle avait versées, soit le montant de CHF 27'119.20 (CHF 26'747.10 à titre d'indemnités journalières et CHF 372.10 à titre de « frais liés à l'établissement de rapports médicaux »).

Si par impossible, la fraude n'était pas retenue, la défenderesse contestait le bien fondé du revenu annuel de CHF 6'000.- mentionné dans l'annonce maladie. En premier lieu, aucun contrat écrit n'avait été passé entre le demandeur et l'employeur, de sorte qu'il n'était pas possible de connaître avec exactitude le salaire convenu entre les parties. En second lieu, il ressortait de la récapitulation des primes dues à la fondation de prévoyance du personnel en 2015 que le financement annuel du demandeur se montait à CHF 55'000.- au 1<sup>er</sup> janvier 2015. Enfin le certificat de salaire 2015 mentionnait un salaire annuel de CHF 55'858.35. Dans un cas comme dans l'autre, ces revenus étaient nettement inférieurs à CHF 72'000.- (CHF 6'000.- x 12).

35. Par réplique du 14 septembre 2016, le demandeur a allégué que ce n'était pas lui qui s'occupait de la mise à jour du site E\_\_\_\_\_ sur Facebook. Même s'il avait participé aux séances du Conseil municipal de Vernier les 2 juin, 23 juin, 1<sup>er</sup> septembre, 6 octobre, 17 novembre et 15 décembre 2015 ainsi que les 2 février, 15 mars et 17 mai 2016, seule la séance du 6 octobre 2015 avait coïncidé avec un arrêt de travail à 100 %. Par ailleurs, il n'avait effectué que trois brèves interventions, d'environ trente secondes sur toute la séance.

Dans son rapport du 4 décembre (recte : 2 décembre) 2015, le Dr H\_\_\_\_\_ avait certes mentionné que d'un point de vue radiologique, il n'y avait pas de limitation fonctionnelle justifiant une incapacité de travail à l'heure actuelle. Toutefois, il convenait de rappeler qu'il était bien juste que le demandeur avait été en incapacité totale de travail du 30 septembre au 1<sup>er</sup> novembre 2015 suite à la tentative infructueuse de la pose d'un stent (cf. pièce 28 demandeur). Par ailleurs, les Drs H\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ avaient confirmé dans leurs rapports des 2 décembre 2015, respectivement 11 avril 2016 que le demandeur souffrait d'une dyspnée multifactorielle. De plus, la Dresse C\_\_\_\_\_ avait précisé dans son rapport du 22 décembre 2015 que l'angor et la dyspnée d'effort persistants limitaient sa résistance physique. Ainsi, le cumul de ces deux atteintes le fatiguaient énormément et entraînaient une incapacité de travail qui était actuellement de 50 %.

S'agissant du récapitulatif des primes dues à la fondation de prévoyance du personnel en 2015, il est vrai que ce document mentionnait un salaire assuré de CHF 55'000.-. Il comportait cependant une erreur de déclaration qui avait été corrigée a posteriori. Pour appuyer ces dires, le demandeur a produit un certificat de prévoyance, au 1<sup>er</sup> janvier 2015, indiquant que son salaire s'élevait bel et bien à CHF 72'000.-. Un second certificat de prévoyance, « valable dès le 26 mai 2015 », mentionnait en revanche un salaire de CHF 36'000.-, pour un taux d'occupation à 100 % et une capacité de gain réduite à 50 %.

Le demandeur a également produit deux certificats de la Dresse C\_\_\_\_\_, datés du 25 août, respectivement du 5 septembre 2016, attestant que l'incapacité de travail était de 50 % du 1<sup>er</sup> au 31 août 2016, respectivement du 1<sup>er</sup> au 30 septembre 2016.

De son point de vue, il n'existait pas de prétention frauduleuse. Comme il l'avait déjà expliqué, ses activités comme administrateur de plusieurs entreprises avaient consisté à signer des documents rédigés par le notaire, services pour lesquels il n'avait pas été rémunéré. Quant à son activité de conseiller municipal, ce n'était pas lui qui avait fait campagne mais le E\_\_\_\_\_. De plus, il s'agissait d'une activité occasionnelle, bénéfique pour son état psychique et qui n'impliquait aucun effort physique. Par ailleurs, cette activité ne pouvait pas être considérée comme un travail compte tenu de sa faible rémunération (CHF 116.- par séance). Enfin, il avait dûment informé la défenderesse de cette activité politique le 20 novembre 2015 en répondant aux questions qui lui avait posées par la défenderesse.

Enfin, le demandeur a soutenu que la différence entre le salaire retenu dans le certificat de salaire, respectivement l'attestation de salaire AVS et le salaire réel était due au fait que les montants reçus de l'assurance perte de gain n'avaient pas été soumis aux cotisations. Par ailleurs, comme cela ressortait du certificat LPP corrigé, le salaire assuré s'élevait bien à CHF 72'000.-.

36. Par duplique du 19 octobre 2016, la défenderesse a confirmé que l'incapacité de travail du demandeur, attestée par la Dresse C\_\_\_\_\_, se présentait comme suit :

Du	Au	Degré d'incapacité de travail
19.01.2015	25.05.2015	100%
26.05.2015	29.09.2015	50%
30.09.2015	01.11.2015	100%
02.11.2015	30.06.2016	50%

37. Le 13 octobre 2016, la chambre de céans a adressé une copie de ce courrier à la défenderesse et ordonné une comparution personnelle des parties.
38. Entendu le 7 novembre 2016, le demandeur a déclaré qu'il était toujours en incapacité de travail à 50 % et toujours sous contrat avec B\_\_\_\_\_. Il bénéficiait d'un horaire libre et sa situation était surtout marquée par une diminution de rendement. En gros, sa présence était de 50 % sur son lieu de travail mais il

n'arrivait même pas à avoir un rendement correct de 50 %. Il présentait, d'un point de vue médical, un syndrome d'apnée du sommeil qui le fatiguait. En outre, une intervention destinée à la pose d'un bypass gastrique était programmée pour février 2017.

D'un point de vue professionnel, il n'avait déployé aucune activité pour les sociétés L\_\_\_\_\_ SA, M\_\_\_\_\_ SA et N\_\_\_\_\_ Sàrl. B\_\_\_\_\_ avait un mandat de gestion de ces trois sociétés et devait rendre un rapport fiduciaire les concernant. Le travail qu'il effectuait pour ces sociétés entrait dans le cadre de son activité à 50 % pour B\_\_\_\_\_. Il n'avait pas vu la nécessité d'informer l'assureur de sa participation à diverses sociétés dès lors qu'il était homme de paille.

Invité à prendre position sur son rôle dans d'autres sociétés inscrites au registre du commerce dans lesquelles son nom apparaissait, le demandeur a indiqué au sujet de Q\_\_\_\_\_ Sàrl que B\_\_\_\_\_ avait cessé de s'en occuper dès lors que la société ne payait pas ses honoraires. Q\_\_\_\_\_ Sàrl n'avait plus d'activité depuis 2013 et il n'avait en particulier pas travaillé pour elle en 2015. Pour R\_\_\_\_\_ Sàrl, le mandat de gestion de B\_\_\_\_\_ avait pris fin en 2014 et pour AD\_\_\_\_\_ SA, il y avait deux semaines, soit courant octobre 2016. Actuellement, B\_\_\_\_\_ s'occupait toujours des sociétés S\_\_\_\_\_ SA, T\_\_\_\_\_ Sàrl, U\_\_\_\_\_ et V\_\_\_\_\_ SA.

B\_\_\_\_\_ avait été fondée en 2011. Il avait signé des procurations en sa faveur dès sa création. Il avait travaillé pour cette dernière en 2012 et 2013 mais, la société ayant des problèmes financiers, il avait cessé sa collaboration avant son réengagement en 2015.

Dès sa création, B\_\_\_\_\_ était devenue la « fiduciaire officielle » de toutes les sociétés dans lesquelles il avait un rôle. Il n'avait jamais été indemnisé à ce titre mais était uniquement rémunéré pour son activité salariée auprès de la fiduciaire qui était titulaire du mandat de gestion, c'est-à-dire B\_\_\_\_\_ en 2012, 2013, 2015 et 2016 et W\_\_\_\_\_ SA antérieurement. Il avait travaillé à plein temps pour cette dernière de 2006 à 2010 et il en était l'administrateur. W\_\_\_\_\_ SA avait fait faillite en 2011.

S\_\_\_\_\_ SA était l'ayant droit économique de B\_\_\_\_\_ mais il ne détenait aucune part sociale de cette dernière dont il était un simple salarié. Avant que B\_\_\_\_\_ ne reçoive le mandat de gestion, S\_\_\_\_\_ était gérée par W\_\_\_\_\_ SA. C'était Monsieur J\_\_\_\_\_, un ami, qui avait décidé de créer B\_\_\_\_\_. Le nom de M. J\_\_\_\_\_ n'était pas apparu tout de suite au registre du commerce car il était domicilié à Annecy. Il y avait huit employés chez B\_\_\_\_\_ dont certains étaient chez S\_\_\_\_\_ SA, en particulier un stagiaire et deux apprentis dont sa fille. Sa femme avait également travaillé chez W\_\_\_\_\_ SA puis auprès de B\_\_\_\_\_ à temps partiel. Elle n'y travaillait plus depuis 2013.

Pour conclure ses explications, le demandeur a indiqué que toute l'activité qu'il déployait pour les sociétés dans lesquelles il avait un rôle s'inscrivait exclusivement dans le cadre de l'activité qu'il déployait à 50 % pour B\_\_\_\_\_.

Prenant position au sujet de son élection au Conseil municipal de Vernier, le demandeur a indiqué que c'était Monsieur X\_\_\_\_\_ – qui était venu le voir début 2015 – qui l'avait ajouté à la liste E\_\_\_\_\_. Toutefois, l'élection s'était produite sans aucune activité d'autopromotion de sa part. Il avait participé aux séances du Conseil municipal au cours de son incapacité de travail de 50 % et à une seule séance lorsqu'il était en incapacité de travail totale. Depuis juin 2015, il avait participé à des séances de trois commissions (culture, bâtiment et finances), puis dès décembre 2015, à une quatrième (affaires sociales) mais pas lorsqu'il était en incapacité de travail totale.

Interpellé au sujet de ses conclusions, le demandeur a précisé qu'il réclamait des indemnités journalières jusqu'à la fin des prestations prévues par le contrat LCA, soit durant 720 jours. Les conclusions initiales avaient été chiffrées au jour du dépôt de la demande. En 2012-2013, B\_\_\_\_\_ l'avait été payé un peu moins qu'en 2015. La situation de cette dernière s'était stabilisée en 2015, ce qui avait permis son engagement avec un salaire de CHF 6'000.- par mois. Ce montant correspondait à un salaire annuel de CHF 72'000.-, ce qui était prouvé par les cotisations AVS et LPP.

Pour répondre à un reproche que lui avait adressé le demandeur, la représentante de la défenderesse a indiqué qu'elle n'était pas au courant du fait que cette dernière aurait demandé à B\_\_\_\_\_ de licencier le demandeur. En outre, elle a contesté le montant du revenu de CHF 55'858.35 par année en se fondant sur les fiches de salaire. De même, elle a soutenu que le demandeur était apte à travailler durant toute la période litigieuse dès lors qu'il avait participé à la gestion de plusieurs sociétés, qu'il s'était fait élire au Conseil municipal de Vernier et qu'il avait exercé des activités, notamment politiques, au cours de périodes d'incapacité de travail totale.

39. Par acte du 28 novembre 2016, la défenderesse a produit ses observations après audience, soutenant que le demandeur avait même pris part activement à la campagne électorale qui s'était conclue par son élection au Conseil municipal. Elle s'était procuré des photos prises au cours de cette campagne sur lesquelles on distinguait le demandeur, ainsi qu'une brochure destinée aux électeurs sur laquelle celui-ci figurait. À cela s'ajoutait encore la page Facebook du E\_\_\_\_\_ sur laquelle le demandeur présentait des arguments qui militaient en faveur de son élection. La campagne électorale qui avait précédé le vote du 19 avril 2015 s'était déroulée au cours d'une période couverte par des certificats faisant état d'une incapacité de travail complète. En outre, le demandeur s'était distingué lors de la séance du Conseil municipal du 6 octobre 2015 en participant aux travaux de cet organe alors qu'il était une nouvelle fois en arrêt de travail complet.

Au cours de sa première période d'incapacité de travail complète, le demandeur était devenu administrateur unique avec signature individuelle de M\_\_\_\_\_ SA et de L\_\_\_\_\_ SA (27 mars 2015), ainsi que gérant de N\_\_\_\_\_ Sàrl (10 avril 2015) et de Y\_\_\_\_\_ Sàrl (25 mai 2015).

Durant son incapacité de travail de 50 %, le demandeur s'était vu confier la gérance de T\_\_\_\_\_ (26 juin 2015) et U\_\_\_\_\_ Sàrl (2 septembre 2015), ainsi que le poste d'administrateur de V\_\_\_\_\_ SA (3 novembre 2015).

Ces éléments jetaient un sérieux doute sur l'incapacité de travail attestée. Dans ce type de situation, il était nécessaire d'ordonner une expertise judiciaire.

Il ressortait de toute manière des multiples activités sur le plan économique et politique que le demandeur aurait exercé celles-ci également s'il avait été en bonne santé. De ce fait, il ne subissait aucune perte de gain et il avait contrevenu à son obligation de diminuer le dommage.

Enfin, le revenu annuel de CHF 72'000.- était contesté. En effet, le certificat de salaire 2015 faisait état d'un salaire de CHF 55'858.35. Quant au récapitulatif des primes de la « police année 2015 » d'Helvetia, celui-ci mentionnait que le salaire du demandeur, annoncé par B\_\_\_\_\_ à cette institution, s'élevait à CHF 55'000.- pour l'année 2015. Dans la mesure où Helvetia avait établi, en date du 30 août 2016, un certificat de prévoyance corrigé rétroactivement, valable dès le 1<sup>er</sup> janvier 2015, mentionnant un revenu annuel de CHF 72'000.-, il était légitime de se demander pour quelle raison Helvetia avait procédé à une telle rectification rétroactive. Dans ces circonstances, l'apport du dossier d'Helvetia s'imposait.

40. Après s'être vu accorder deux prolongations pour produire ses observations après audience, le recourant a versé aux dossier divers rapports médicaux le 16 décembre 2016, soit :

- un rapport de polysomnographie du 10 mai 2016, établi par les docteurs Z\_\_\_\_\_ et AA\_\_\_\_\_, respectivement pneumologue FMH et neurologue FMH. Au niveau respiratoire, ces médecins ont diagnostiqué un très sévère syndrome des apnées/ hypopnées obstructives du sommeil et une hypoxémie nocturne. Au niveau moteur, la présence de mouvements typiques des membres inférieurs au cours des phases d'éveil pouvait évoquer le diagnostic de syndrome de jambes sans repos. En outre, le demandeur avait obtenu des scores très élevés en complétant les questionnaires psychologiques qui lui avaient été soumis (tests de dépression de Beck et d'anxiété de Spielberger) ;
- un rapport du 28 juin 2016 du docteur AB\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en chirurgie viscérale. Le demandeur présentait une surcharge pondérale importante, associée à des comorbidités majeures (hypertension artérielle, diabète non insulino-requérant, syndrome d'apnée obstructive du sommeil et dyslipidémie). Son profil alimentaire se caractérisait par de l'hyperphagie, une propension au grignotage, notamment de sucreries, ainsi que des compulsions alimentaires lorsqu'il était sujet à des crises d'angoisse. Au vu de ces éléments, une prise en charge chirurgicale bariatrique s'imposait assez rapidement ;

- 
- un rapport du 5 septembre 2016, aux termes duquel la doctoresse AC\_\_\_\_\_, médecin nutritionniste, retenait également l'indication de chirurgie bariatrique, « sans contre-indication absolue » ;
  - un rapport du 10 octobre 2015 de la Dresse C\_\_\_\_\_, adressé « au médecin conseil OCAS ». La polysomnographie à laquelle le demandeur s'était soumis avait débouché sur la mise en œuvre d'une thérapie CPAP (Continuous Positive Airway Pressure), soit une assistance ventilatoire nocturne en pression positive continue. Cependant, en raison d'une intolérance relative, le demandeur ne pouvait porter l'appareillage (masque, tuyaux, etc.) toute la nuit. Ainsi, il souffrait d'insomnies chroniques (sommolence diurne persistante avec fatigue chronique). Il s'endormait à tout moment, au domicile comme au travail. Son diabète de type II était extrêmement difficile à régler. Il n'y avait pas de modification dans les diagnostics et les traitements, hormis la possibilité de pratiquer une chirurgie bariatrique. Enfin la capacité de travail était limitée à 50% depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016.

Le demandeur a également produit :

- une procuration du 1<sup>er</sup> janvier 2015 qu'il avait octroyée à M. J\_\_\_\_\_ « afin de me représenter moi, A\_\_\_\_\_ [...] dans le cadre de la gestion administrative, fiscale et comptable des entreprises » dans lesquelles je suis administrateur ». Dès lors, il autorisait M. J\_\_\_\_\_ à engager toutes les sociétés dans lesquelles il était administrateur ;
- une procuration du 1<sup>er</sup> janvier 2015 que S\_\_\_\_\_ SA, soit pour elle son administrateur – le demandeur – avait donnée à M. J\_\_\_\_\_ afin de la représenter dans le cadre sa gestion administrative, fiscale et comptable. Dès lors, elle autorisait M. J\_\_\_\_\_ à l'engager ;
- une procuration du 1<sup>er</sup> janvier 2015 que S\_\_\_\_\_ SA, soit pour elle son administrateur – le demandeur – avait donnée à B\_\_\_\_\_ afin de la représenter dans le cadre sa gestion administrative, fiscale et comptable. Dès lors, elle autorisait toute personne ayant qualité pour engager B\_\_\_\_\_ ainsi que tous les membres de son personnel à obtenir toutes les informations nécessaires à la gestion de S\_\_\_\_\_ SA ;
- une procuration du 1<sup>er</sup> juillet 2015 que T\_\_\_\_\_ Sàrl, soit pour elle son administrateur – le demandeur – avait donnée à M. J\_\_\_\_\_ afin de la représenter dans le cadre sa gestion administrative, fiscale et comptable. Dès lors, elle autorisait M. J\_\_\_\_\_ à l'engager ;
- une procuration du 1<sup>er</sup> juillet 2015 que T\_\_\_\_\_ Sàrl, soit pour elle son administrateur – le demandeur – avait donnée à B\_\_\_\_\_ afin de la représenter dans le cadre sa gestion administrative, fiscale et comptable. Dès lors, elle autorisait toute personne ayant qualité pour engager B\_\_\_\_\_ ainsi que tous les membres de son personnel à obtenir toutes les informations nécessaires à la gestion de T\_\_\_\_\_ Sàrl ;

- 
- une procuration du 1<sup>er</sup> septembre 2015 que R\_\_\_\_\_ Sàrl, soit pour elle son administrateur – le demandeur – avait donnée à M. J\_\_\_\_\_ afin de la représenter dans le cadre sa gestion administrative, fiscale et comptable. Dès lors, elle autorisait M. J\_\_\_\_\_ à l’engager ;
  - une procuration du 1<sup>er</sup> septembre 2015 que R\_\_\_\_\_ Sàrl, soit pour elle son administrateur – le demandeur – avait donnée à B\_\_\_\_\_ afin de la représenter dans le cadre sa gestion administrative, fiscale et comptable. Dès lors, elle autorisait toute personne ayant qualité pour engager B\_\_\_\_\_ ainsi que tous les membres de son personnel à obtenir toutes les informations nécessaires à la gestion de R\_\_\_\_\_ Sàrl ;
  - une procuration du 16 novembre 2015 que V\_\_\_\_\_ SA, soit pour elle son administrateur – le demandeur – avait donnée à B\_\_\_\_\_ afin de la représenter dans le cadre de sa gestion administrative, fiscale et comptable. Dès lors, elle autorisait toute personne ayant qualité pour engager B\_\_\_\_\_ ainsi que tous les membres de son personnel à obtenir toutes les informations nécessaires à la gestion de V\_\_\_\_\_ SA.

À la lumière des documents produits, le demandeur a répété que ce n’était pas lui qui avait travaillé pour son élection mais son parti, le E\_\_\_\_\_. Le 6 octobre 2015, il avait certes participé à une séance du conseil municipal de 20h00 à 23h00. Cela étant, si on exceptait cette séance, il n’avait rien fait durant toute la journée. Enfin, le certificat LPP corrigé d’Helvetia montrait bien que son salaire annuel était de CHF 72’000.-.

41. Le 23 décembre 2016, la chambre de céans a transmis une copie de ce courrier, pour information, à la défenderesse, ajoutant que la suite de la procédure était réservée.
42. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l’art. 7 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) et à l’art. 134 al. 1 let. c de la loi sur l’organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur depuis le 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 loi fédérale sur le contrat d’assurance, du 2 avril 1908 (loi sur le contrat d’assurance, LCA - RS 221.229.1).

Selon la police d’assurance, le contrat est régi par la LCA.

La compétence de la chambre de céans à raison de la matière pour juger du cas d’espèce est ainsi établie.

2. L’art. 46a LCA prescrit que le for se définit selon la loi du 24 mars 2000 sur les fors (LFors) qui a été abrogée au 1<sup>er</sup> janvier 2011 par l’entrée en vigueur du CPC,

auquel il convient désormais de se référer. Sauf disposition contraire de la loi, pour les actions dirigées contre les personnes morales, le for est celui de leur siège (art. 10 al. 1 let. a/b CPC), étant précisé que l'art. 17 al. 1 CPC consacre la possibilité d'une élection de for écrite.

En l'occurrence, l'art. 36 des conditions générales d'assurance régissant l'assurance collective indemnité journalière selon la LCA (ci-après : CGA) – qui font partie de l'assurance collective d'indemnité journalière « Business Compact », n° de contrat collectif : 2582798 – prévoient que le preneur d'assurance et la personne assurée peuvent saisir à leur choix le for ordinaire ou celui de leur domicile en Suisse.

Le demandeur ayant son domicile dans le canton de Genève, la chambre de céans est compétente à raison du lieu pour connaître de la présente demande.

3. Les litiges relatifs aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie ne sont pas soumis à la procédure de conciliation préalable de l'art. 197 CPC lorsque les cantons ont prévu une instance cantonale unique selon l'art. 7 CPC (ATF 138 III 558 consid. 4.5 et 4.6; ATAS/577/2011 du 31 mai 2011), étant précisé que le législateur genevois a fait usage de cette possibilité (art. 134 al. 1 let. c LOJ).
4. a. Les prescriptions de forme prévues aux art. 130 et 244 CPC étant en l'occurrence remplies, la demande est recevable.

b/aa. Selon l'art. 14 CPC, une demande reconventionnelle peut-être formée au for de l'action principale lorsqu'elle est dans une relation de connexité avec la demande principale (al. 1). Ce for subsiste même si la demande principale est liquidée pour quelque raison que ce soit (al. 2).

Les conditions de recevabilité de la demande reconventionnelle sont celles de la demande (François BOHNET in Bohnet et al. [éd.], Code de procédure civile commenté, n. 86 ad art. 59 CPC).

Aux termes de l'art. 88 CPC, le demandeur intente une action en constatation de droit pour faire constater par un tribunal l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'un rapport de droit.

La demande en constat est subsidiaire à une action condamnatoire (art. 84 CPC) ou formatrice (art. 87 CPC ; ATF 123 III 49 consid. 1a, JdT 1998 I 659). Dans tous les cas, le créancier qui peut agir en exécution ne peut pas choisir d'isoler des questions juridiques pour les soumettre séparément au juge par la voie d'une action en constatation, comme s'il sollicitait un avis de droit (ATF 135 III 378 ; François BOHNET, op. cit. n. 16 ad art. 88 CPC et les références).

Aux termes de l'art. 56 CPC, le tribunal interpelle les parties lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets et leur donne l'occasion de les clarifier et de les compléter.

L'art. 56 CPC oblige le juge, face à un acte présentant l'un des défauts manifestes mentionnés, à interpellier la partie en l'invitant à corriger le vice sous peine d'irrecevabilité (RSPC 2005 p. 376).

Selon l'art. 247 al. 1 CPC, le tribunal amène les parties, par des questions appropriées, à compléter les allégations insuffisantes et à désigner les moyens de preuve.

Comme l'art. 247 al. 1 CPC entend aller au-delà de l'art. 56 CPC, le devoir d'interpellation accru permet aussi, par exemple, de faire préciser ou compléter des conclusions d'une partie peu claires, contradictoires, imprécises ou incomplètes, même si le texte légal parle seulement des allégations et moyens de preuve (Denis TAPPY in Bohnet et al. [éd.], Code de procédure civile commenté, n. 9 ad art. 247 CPC).

Les conclusions des parties doivent être interprétées par le juge conformément au principe de la bonne foi (RSPC 2009 p. 365).

b/bb. En l'espèce, la demande principale et la demande reconventionnelle présentent une relation de connexité dans la mesure où elles concernent, l'une et l'autre, les droits et obligations résultant d'un contrat collectif d'assurance perte de gain. Il n'en demeure pas moins que la recevabilité des conclusions prises par la défenderesse pose problème en tant que la chambre de céans est invitée à « constater que la résiliation du contrat envers [le demandeur] est justifiée » et à « constater que [le demandeur] est tenu de rembourser le montant de CHF 27'119.20 avec intérêt à 5% depuis le 13 mars 2016 ».

Il est vrai que la réponse au recours du 2 août 2016 indique, dans la partie « en droit », que la défenderesse « demande le remboursement de l'entier des prestations qu'elle a versées » (cf. p. 10, avant-dernier paragraphe). Toutefois, le demandeur ne semble pas avoir compris que les conclusions en constatation de l'existence d'une dette de CHF 27'199.20 pouvaient éventuellement constituer – d'après la volonté interne de la défenderesse – des conclusions reconventionnelles condamnatoires. En effet, celui-ci s'est borné à produire une simple réplique en réponse à la « réponse au recours » du 2 août 2016, sans prendre véritablement position sur la créance alléguée par la défenderesse. Quoi qu'il en soit, la défenderesse ne dispose d'aucun intérêt à agir en constatation de droit dès lors qu'elle a la possibilité de prendre des conclusions en paiement de la somme réclamée.

Cela étant, la chambre de céans se dispensera d'inviter la défenderesse à préciser ses conclusions s'il s'avère que le remboursement de cette somme n'est pas dû.

Pour le surplus, la demande reconventionnelle est irrecevable en tant qu'elle invite la chambre de céans à « constater que la résiliation du contrat [...] est justifiée ». Un contrat collectif d'assurance constituant un cas de stipulation pour autrui au sens de l'art. 112 al. 2 du Code des obligations (CO – RS 220 ; ATF 97 II 58), soit un mode d'exécution de l'obligation de l'assureur, il ne lui appartient pas de rendre un avis de droit sur les possibilités de résiliation du contrat, cette question relevant

---

exclusivement des relations juridiques entre la demanderesse reconventionnelle et le preneur d'assurance (B\_\_\_\_\_), qui n'est pas partie à la procédure.

5. Le litige concerne, d'une part, le droit du demandeur aux indemnités journalières au-delà du 17 octobre 2015 et son droit à un complément d'indemnités du 1<sup>er</sup> au 17 octobre 2015 et, d'autre part, le droit de la défenderesse de réclamer la restitution des indemnités déjà versées.
6. La procédure simplifiée s'applique aux litiges portant sur des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal (art. 243 al. 2 let. f CPC) et la chambre de céans établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC).

La jurisprudence applicable avant l'introduction du CPC, prévoyant l'application de la maxime inquisitoire sociale aux litiges relevant de l'assurance-maladie complémentaire, reste pleinement valable (ATF 127 III 421 consid. 2). Selon cette maxime, le juge doit établir d'office les faits, mais les parties sont tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Ce principe n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. Le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces; il est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuves sont complètes uniquement lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner leurs moyens de preuve et de les présenter. La maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaire l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a).

7. a. Selon l'art. 8 CC, le demandeur doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que sa partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du droit. Ces principes, qui sont également applicables dans le domaine du contrat d'assurance, impliquent qu'il incombe à l'ayant droit d'alléguer et de prouver notamment la survenance du sinistre (ATF 130 III 321 consid. 3.1). Cette preuve étant par nature difficile à apporter, l'exigence de preuve est réduite et il suffit que l'ayant droit établisse une vraisemblance prépondérante (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3). L'art. 8 CC donne à l'assureur le droit à la contre-preuve et il peut donc apporter des éléments propres à créer un doute et à ébranler la vraisemblance que l'ayant droit s'efforce d'établir. Le juge doit procéder à une appréciation d'ensemble des éléments qui lui sont apportés et dire s'il retient qu'une vraisemblance prépondérante a été établie (ATF 130 III 321 consid. 3.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_525/2010 du 4 janvier 2011 consid. 2.2).

La vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ou hypothèses envisageables ne revêtent une importance significative

---

ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 133 III 81 consid. 4.2.2; ATF 132 III 715 consid. 3.1; ATF 130 III 321 consid. 3.3).

b. En revanche, l'art. 8 CC ne régit pas l'appréciation des preuves, de sorte qu'il ne prescrit pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées (ATF 127 III 519 consid. 2a), ni ne dicte au juge comment forger sa conviction (ATF 128 III 22 consid. 2d ; 127 III 248 consid. 3a, 519 consid. 2a); cette disposition n'exclut pas non plus que le juge puisse, sur la base d'une appréciation anticipée des preuves déjà disponibles, refuser l'administration d'une preuve supplémentaire au motif qu'il la tient pour impropre à modifier sa conviction (ATF 131 III 222 consid. 4.3 p. 226; 129 III 18 consid. 2.6 p. 24 ss).

b/aa. L'expertise en tant que moyen de preuve admis au sens de l'art. 168 al. 1 let. d CPC ne vise que l'expertise judiciaire au sens de l'art 183 al. 1 CPC. Une expertise privée n'est en revanche pas un moyen de preuve mais une simple allégation de partie (ATF 141 III 433 consid. 2.5.2 et 2.5.3).

b/bb. Du point de vue probatoire, un rapport médical est une simple expertise privée qui n'est selon la jurisprudence pas un moyen de preuve mais une simple allégation (ATF 132 III 83 consid. 3.4; ATF 140 III 24 consid. 3.3.3).

Seules doivent être prouvées les allégations qui sont expressément contestées. Une telle contestation doit être suffisamment précise afin que l'on puisse déterminer quelles sont les allégations du demandeur qui sont contestées. En d'autres termes, la contestation doit être concrète à telle enseigne que la partie qui a allégué les faits sache quels sont ceux d'entre eux qu'il lui incombe de prouver. Le degré de la motivation d'une allégation exerce une influence sur le degré exigible de motivation d'une contestation. Plus détaillées sont certaines allégations de la partie qui a le fardeau de la preuve, plus concrètement la partie adverse doit expliquer quels sont au sein de celles-ci les éléments de fait qu'elle conteste. Le fardeau de la contestation ne saurait toutefois entraîner un renversement du fardeau de la preuve (ATF 141 III 433 consid. 2.6 p. 438 et les références). Les allégations précises de l'expertise privée – contestées de manière globale – peuvent apporter la preuve de leur véracité si elles sont appuyées par des indices objectifs (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_318/2016 du 3 août 2016 consid. 3.1 et 3.2). Si elles ne sont pas corroborées par de tels indices, elles ne peuvent être considérées comme prouvées en tant qu'allégations contestées (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_626/2015 du 24 mai 2016 consid. 2.5).

8. 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).

La LCA ne contient pas de règles d'interprétation des contrats. Comme elle renvoie au code des obligations pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même (art. 100 al. 1 LCA), la jurisprudence en matière de contrat est applicable. Il s'ensuit que, lorsqu'il

---

s'agit de déterminer le contenu d'un contrat d'assurance et des conditions générales et/ou particulières qui en font partie intégrante, le juge doit, comme pour tout autre contrat, tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 du Code des obligations du 30 mars 1911, CO ; RS 220). Lorsqu'un assureur, au moment de conclure, présente des conditions générales, il manifeste la volonté de s'engager selon les termes de ces conditions ; lorsqu'une volonté réelle concordante n'a pas été constatée, il faut se demander comment le destinataire de cette manifestation de volonté pouvait la comprendre de bonne foi (ATF 135 III 410 consid. 3.2 ; ATF 133 III 675 consid. 3.3). À cet égard, les conditions générales, lorsqu'elles ont été incorporées au contrat, en font partie intégrante; elles doivent être interprétées selon les mêmes principes que les autres dispositions contractuelles (ATF 133 III 675 consid. 3.3; ATF 122 III 118 consid. 2a).

b. En l'occurrence, le contrat d'assurance n° 2582798, valable à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2014, et l'art. 13 des conditions générales d'assurance (CGA), prévoient qu'en cas d'incapacité travail d'au moins 25%, attestée médicalement, qui est due à une maladie, la personne assurée a droit au versement d'un maximum de 730 indemnités journalières sous déduction du délai d'attente de trente jours par cas. En cas d'incapacité de gain totale, l'indemnité journalière s'élève à 80% du gain assuré (jusqu'à concurrence d'un gain annuel de CHF 250'000.-). En cas d'incapacité de travail partielle égale ou supérieure à 25%, l'indemnité journalière est versée proportionnellement au degré de ladite incapacité. Par « personne assurée », il faut comprendre tout le personnel de B\_\_\_\_\_ (art. 10 CGA).

Selon l'art. 11 CGA, la couverture d'assurance de l'assuré prend fin, notamment lorsqu'elle quitte l'entreprise assurée, à la dissolution du contrat collectif d'assurance et à l'échéance de la durée maximum convenue des prestations.

Aux termes de l'art. 16 ch. 4 CGA, les jours d'incapacité de travail d'au moins 25% comptent comme jours entiers pour le calcul de la durée des prestations.

L'art. 22 ch. 1 CGA dispose qu'en cas de maladie, la personne assurée consulte un médecin autorisé et veille à recevoir un traitement adéquat. Elle respecte les prescriptions du médecin et du personnel soignant. Toute personne assurée est tenue de se soumettre à un examen ou à une expertise effectuée par des médecins mandatés par l'assureur.

L'art. 22 ch. 2 CGA précise que l'assureur est autorisé à rendre visite aux patients et à recueillir des données supplémentaires. Au nombre de ces dernières figurent notamment des justificatifs et des renseignements, des certificats et rapports médicaux, des décomptes de salaire ou encore des documents officiels.

Enfin l'art. 24 CGA prévoit que si les devoirs énoncés aux art. 20 à 23 CGA ne sont pas respectés, l'assureur est autorisé à réduire, voire refuser ses prestations.

9. a. La défenderesse s'oppose à une plus ample prise en charge des indemnités journalières après le 30 septembre 2015 au motif que le demandeur aurait passé sous silence ses activités politiques et d'administrateur/gérant de sociétés qu'il aurait exercées durant son incapacité de travail à 100% et à 50%. Subsidiairement, si la fraude n'était pas retenue, elle conteste le bien-fondé du revenu annuel de CHF 6'000.- mentionné dans l'annonce de l'arrêt maladie du 24 février 2015.

Ceci signifie en d'autres termes que ce n'est que si une prétention frauduleuse n'est pas retenue à la charge du demandeur que la défenderesse remet en cause le montant d'éventuelles indemnités journalières futures, soit celles qui seraient à verser à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2015. A contrario, la défenderesse ne conteste pas le montant des indemnités journalières qu'elle a déjà octroyées jusqu'au 30 septembre 2015. Par voie de conséquence, elle ne conteste pas non plus les certificats d'arrêt de travail qui sous-tendent les prestations déjà allouées. Elle l'a du reste démontré par actes concluants en octroyant précisément les prestations en question. Aussi convient-il de déterminer, dans un premier temps, si une prétention frauduleuse peut être retenue à la charge du demandeur.

b. À teneur de l'art. 40 LCA, si l'ayant droit ou son représentant, dans le but d'induire 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 tardivement les communications que lui impose l'art. 39 LCA, l'assureur n'est pas lié par le contrat envers l'ayant droit. L'art. 39 LCA précise que sur demande de l'assureur, l'ayant droit doit lui fournir tout renseignement sur les faits à sa connaissance qui peuvent servir à déterminer les circonstances dans lesquelles le sinistre s'est produit ou à fixer les conséquences du sinistre.

c/aa. D'un point de vue objectif, la dissimulation ou la déclaration inexacte doit ainsi porter sur des faits qui sont propres à influencer l'existence ou l'étendue de l'obligation de l'assureur; en d'autres termes, il faut que, sur la base d'une déclaration correcte des faits en question, l'assureur n'ait à verser qu'une prestation moindre ou même aucune prestation; le cas le plus fréquent en pratique est celui où l'ayant droit déclare un dommage plus étendu qu'il ne l'est en réalité (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_17/2011 du 14 mars 2011 consid. 2). Il n'est pas nécessaire que le comportement frauduleux produise son effet, c'est-à-dire que l'assureur subisse un préjudice. Une tentative suffit (ATF 78 II 278 consid. 4; Jürg NEF, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n. 17 ad art. 40 LCA).

c/bb. D'un point de vue subjectif, l'ayant droit doit avoir agi avec la conscience et la volonté d'induire l'assureur en erreur, sans qu'il importe qu'il soit parvenu ou non à ses fins (Jürg NEF, op. cit. n. 24 ad art. 24 LCA). Cette condition est réputée réalisée lorsque l'ayant droit donne consciemment et volontairement des indications erronées pour en tirer un avantage patrimonial indu. Une volonté d'induire en erreur doit être également admise lorsque l'ayant droit a connaissance d'une formation viciée de la volonté de l'assureur et qu'il exploite cette erreur en passant

sous silence la réalité des faits ou en tardant volontairement à en informer l'assureur (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_382/2014 consid. 5.1 ; Jürg NEF, op. cit. n. 23 ad art. 40 LCA).

Lorsque l'ayant droit passe sous silence des faits qui influencent le droit aux prestations, l'aspect subjectif du comportement frauduleux doit être envisagé sous l'angle d'un défaut de diligence de l'ayant droit (« Unsorgfalt »). Si, par exemple, une volonté d'induire en erreur a pu être admise sans conteste dans le cas du vol (d'abord présumé) d'un bateau à moteur dont le propriétaire avait appris – avant le paiement de l'indemnité d'assurance mais sans en informer l'assureur – que son embarcation avait dû être déplacée par décision des autorités, la question de l'intention frauduleuse a été laissée ouverte, non sans fortes réticences, dans le cas d'un assuré qui n'avait pas annoncé qu'il avait retrouvé quatre bijoux mais fait valoir qu'il n'avait pas eu une vue d'ensemble suffisante du sinistre. Le manque de diligence doit ainsi revêtir une certaine gravité (Jürg NEF, op. cit., n. 23 et 65 ad art. 65 LCA et les arrêts cantonaux cités). Le Tribunal fédéral a admis que tel était le cas pour un assuré, en arrêt de travail à 100% durant plusieurs mois, dont la perte de gain avait été indemnisée par le même assureur – pour moitié au titre de la maladie, pour l'autre en vertu des suites d'un accident –, mais qui avait omis d'annoncer la reprise de son activité professionnelle. Dans ce cas, une intention frauduleuse avait été retenue à l'encontre de l'assuré, motif pris qu'il avait manqué gravement à son devoir de diligence, d'une part en n'informant pas l'assureur de la reprise de son activité, d'autre part en continuant à se laisser prescrire des arrêts de travail complets par ses médecins alors qu'une incapacité de travail complète n'était manifestement plus d'actualité (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_382/2014 du 3 mars 2015 consid. 6.3).

d. La conséquence juridique d'une prétention frauduleuse au sens de l'art. 40 LCA réside dans le fait que l'assureur « n'est pas lié par le contrat envers l'ayant droit ». En d'autres termes, il peut refuser toute prestation, même si la fraude ne se rapporte qu'à une partie du dommage (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_574/2014 du 15 janvier 2015 consid. 5.1 et 4A\_17/2011 du 14 mars 2011 consid. 2 et les références). La seconde sanction possible est la résolution du contrat. Cette dernière n'est toutefois donnée que si la tentative de tromper l'assureur est le fait du preneur d'assurance. Si ce comportement émane de l'ayant droit non preneur, l'assureur ne peut résoudre le contrat (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_382/2014 du 3 mars 2015 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 5C.138/2005 du 5 septembre 2005 consid. 4 et les références ; Vincent BRULHART, Droit des assurances privées, p. 304 n. 660).

Le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur la question de savoir si vis-à-vis de l'ayant droit non preneur, l'assureur est en droit de répéter les prestations déjà versées. La Cour suprême du canton de Berne a admis cette possibilité dans un cas où l'ayant droit avait trompé l'assureur sur son état de santé avant même le versement de la première indemnité journalière. Selon ce tribunal, une telle solution se justifiait pour des motifs d'égalité de traitement, en ce sens qu'il n'y avait pas

---

lieu de distinguer la situation du preneur d'assurance de celle du simple ayant droit, le contrat d'assurance reposant dans les deux cas sur un rapport de confiance (arrêt du 30 mai 2013, publié in JAR 2014 p. 384). Le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich a considéré pour sa part que lorsque l'assureur a d'ores et déjà suspendu le versement des indemnités journalières au moment où l'ayant droit commet l'acte constitutif d'une prétention frauduleuse au sens de l'art. 40 LCA, la conséquence juridique se limite au fait, pour l'assureur, de ne pas être tenu de fournir de plus amples prestations. En revanche, celui-ci ne peut résoudre le contrat que si ladite prétention est le fait du preneur d'assurance (cf. arrêt du Sozialversicherungsgericht zurichois KK.2015.00005 du 1<sup>er</sup> avril 2016 consid. 7.3 et 7.4 et la référence à P. GROLMUND/ A. VILLARD, Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband 2012, n. 53 ad art. 40 LCA ; ces auteurs retiennent que la résolution du contrat vis-à-vis du preneur d'assurance déploie de toute façon au mieux une rétroactivité limitée, en ce sens que l'assureur peut répéter uniquement les prestations qui ont été déterminées par le comportement frauduleux ; dans le même sens : Olivier CARRÉ, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, édition annotée, p. 299 ad art. 40 LCA et les références)

e. Par arrêt 4A\_432/2015 du 8 février 2016, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas arbitraire de retenir qu'un assureur n'avait pas apporté la preuve d'une capacité de travail entière ou partielle d'un opticien en arrêt de travail à 100%, quand bien même un détective privé mandaté par l'assureur avait constaté que cet assuré était présent quotidiennement dans sa boutique durant 4h30 chaque jour et prenait en charge divers clients. La juridiction cantonale n'était pas tombée dans l'arbitraire en considérant que l'observation par le détective ne constituait pas encore la preuve d'une capacité de travail totale ou partielle (consid. 4.3), l'incapacité pouvant reposer sur des motifs autres que rhumatologiques. Pour le surplus, l'assuré – qui avait été interrogé par l'assureur – avait certes menti en déclarant à l'assureur qu'il lui arrivait de rendre visite à sa femme à la boutique et de lui rendre de tous petits services – par ex. changer de la monnaie – sans jamais servir de clients ou leur faire passer des tests de la vue. Toutefois, le Tribunal fédéral a nié une intention d'induire en erreur l'assureur. Même si pour l'instance cantonale, il était établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que l'assuré, en passant sous silence l'activité réellement exercée dans la boutique, avait voulu accroître ses chances de toucher d'autres indemnités journalières, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'était pas arbitraire de considérer que l'assuré n'avait pas agi consciemment et volontairement dans le but d'obtenir des indemnités journalières indues dès lors que son médecin traitant lui avait recommandé de reprendre progressivement son activité à des fins thérapeutiques, à la manière d'un stage (consid. 5.3.2 et 5.3.3). Le Tribunal fédéral s'est alors demandé si pour l'application de l'art. 40 LCA, un dol éventuel suffisait ; cette hypothèse signifiait que l'assuré s'était rendu compte que les renseignements donnés étaient inexacts et de nature à provoquer le versement d'indemnités journalières indues et qu'il avait accepté une telle issue. Dans la mesure où il n'était pas arbitraire de considérer

---

qu'il n'était pas exclu que l'assuré envisageât sa présence dans la boutique comme une mesure thérapeutique, cela supprimait la possibilité de retenir simultanément – dans le cadre du dol éventuel – que l'assuré ait accepté le fait de percevoir des indemnités journalières indûment. Ainsi, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'était pas nécessaire de trancher la question de savoir si d'un point de vue subjectif, un dol éventuel était suffisant (consid. 5.3.4.3).

10. En l'espèce, la défenderesse a invité le demandeur à compléter un questionnaire le 20 novembre 2015. Interrogé sur son emploi du temps – alors qu'il était en arrêt de travail à 50% – et ses tâches principales en qualité d'expert-comptable à 100%, le demandeur a répondu en substance qu'il travaillait environ quatre heures par jour, ses tâches consistant à « effectuer des analyses financières, rédiger des rapports, proposer aux clients des solutions pour améliorer leur situation financière ». Ce n'est qu'à réception du courrier de la défenderesse du 4 janvier 2016 que le demandeur a indiqué qu'il avait été nommé administrateur des sociétés L\_\_\_\_\_ SA et M\_\_\_\_\_ SA, le 23 mars, respectivement le 24 mars 2015, et qu'il était également le gérant de N\_\_\_\_\_ Sàrl depuis le 10 avril 2015, ajoutant en substance, attestations à l'appui, qu'il s'agissait là uniquement d'une activité d'homme de paille.

Interpellé par la chambre de céans sur d'autres sociétés dans lesquelles son nom apparaissait, le demandeur admis lors de son audition du 7 novembre 2016 qu'il en était bien l'administrateur, respectivement le gérant mais que tout le travail accompli pour ces sociétés entraînait exclusivement dans le cadre de l'activité qu'il déployait pour B\_\_\_\_\_ en étant en arrêt maladie à 50%.

Cette dernière affirmation implique qu'il est nécessaire d'examiner s'il est possible, pour le demandeur, de confier à son employeur – via les procurations versées au dossier le 16 décembre 2016 – l'intégralité des tâches qui lui incombent en qualité d'administrateur de sociétés anonymes, respectivement de gérant de sociétés à responsabilité limitée. Dans la négative, cela signifierait que le demandeur, en passant sous silence ces fonctions externes à B\_\_\_\_\_ dans le questionnaire de la défenderesse du 20 novembre 2015, aurait fait supporter une partie du coût de son incapacité de travail de 50% à la défenderesse, et ce pour des activités d'administrateur/ gérant pour lesquelles il n'est pas assuré. Sous l'angle d'une prétention frauduleuse au sens de l'art. 40 LCA, cela signifierait également que le demandeur aurait omis de mentionner des faits qui étaient propres à restreindre l'étendue des obligations de la défenderesse.

11. a. En principe, le conseil d'administration de la société anonyme gère les affaires de la société dans la mesure où il n'en a pas délégué la gestion (art. 716 al. 2 CO). La gestion au sens de cette disposition correspond à la conduite interne de la société, notion qui ne doit pas être confondue avec la question de la représentation, laquelle a pour objet la question de savoir qui peut engager la société, donc les relations que la société entretient sur le plan externe (art. 718 CO ; Henry PETER/ Francesca CAVADINI, in Commentaire romand, Code des obligations II, n. 6 ad art 716 CO).

---

Selon l'art. 716b al. 1 CO, les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs de ses membres (administrateurs délégués cumulant des fonctions de direction) ou à des tiers (directeurs, en principe). Toutefois, la clause statutaire est nécessaire mais pas suffisante. Elle doit également être concrétisée par un règlement d'organisation (cf. art. 716b al. 1 in fine) et surtout par une décision de délégation, lesquels sont du ressort exclusif du conseil d'administration (cf. PETER/ CAVADINI, op. cit. n. 15 ad art. 716b CO). La décision de délégation est prise à la majorité simple (art. 713 al. 1 CO) à moins que les statuts ne prévoient une majorité qualifiée (ATF 137 III 503 consid. 3.4). La nomination et la révocation des personnes chargées de la gestion et de la représentation (art. 716a al. 1 ch. 4 CO) peut également revêtir la forme prévue par l'art. 721 CO, lorsque le conseil d'administration nomme des fondés de procuration (art. 459 ss CO) ou d'autres mandataires commerciaux (art. 462 CO).

b/aa. Seule une personne physique peut prendre la qualité de fondé de procuration (art. 120 de l'ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 [ORC – RS 221.411] ; cf. ég. Christine CHAPPUIS, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2<sup>ème</sup> éd. 2012, n. 12 ad art. 458 CO). Les fondés de procuration ont le pouvoir de faire tous les actes que comporte le but social, notamment celui de souscrire des engagements de change (art. 459 al. 1 CO). Il incombe au conseil d'administration de pourvoir à l'inscription des fondés de procuration au registre du commerce (art. 458 al. 2 CO). Le conseil d'administration doit accompagner la requête d'inscription du fondé de procuration d'une copie certifiée conforme de la décision y relative. Ceci est la conséquence de la pratique actuelle des autorités du registre qui n'admettent pas que le conseil d'administration délègue ses compétences en la matière (PETER/ CAVADINI, op. cit. n. 10 ad 721 CO).

Le fondé de procuration d'une société anonyme a un pouvoir de représentation comparable à celui d'un conseil d'administration, mais, du point de vue juridique, il lui est clairement subordonné (Rolf WATTER, in Basler Kommentar, 3<sup>ème</sup> éd. 2008, n. 4 ad art. 721 CO et n. 7 ad art. 459 CO).

Selon la jurisprudence, il faut distinguer deux hypothèses : si le fondé de procuration reçoit la compétence de gérer la société (gestion au sens étroit de l'art. 716 al. 2 CO), les statuts doivent prévoir cette éventualité. S'y ajoutent les autres conditions découlant de l'art. 716b CO, c'est-à-dire l'existence d'un règlement d'organisation et décision de délégation du conseil d'administration (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_248/2009 consid. 6.6). En revanche, si la mission du fondé de procuration se limite à la représentation de la société (art. 718 CO), une décision du conseil d'administration (cf. ég. 716 al. 1 ch. 4 CO) et une inscription du fondé de procuration au registre du commerce sont nécessaires. Dans cette éventualité, il est possible de se passer d'une base statutaire et d'un règlement d'organisation (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_248/2009 consid. 6.6).

---

b/bb. À l'image de ce qui vaut pour les fondés de procuration, seule une personne physique peut être mandataire commercial (Christine CHAPPUIS, op. cit. n. 4 ad art. 462 CO). Pour le surplus, les remarques faites au sujet des fondés de procuration valent mutatis mutandis. Les mandataires commerciaux (art. 462 CO) se distinguent cependant des premiers par le fait qu'ils ne peuvent pas être inscrits au registre du commerce et que leurs pouvoirs sont moins étendus. Ainsi, pour souscrire des engagements de change, emprunter ou plaider, une procuration spéciale est nécessaire (art. 462 al. 2 CO).

c/aa. Aux termes de l'art. 716a al. 1 CO, le conseil d'administration a les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes :

- exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires ;
- fixer l'organisation ;
- fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société ;
- nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation ;
- exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données ;
- établir le rapport de gestion, préparer l'assemblée générale et exécuter ses décisions ;
- informer le juge en cas de surendettement.

c/bb. La teneur de l'art. 716a al. 1 CO est reproduite notamment dans les statuts des sociétés S\_\_\_\_\_ SA (art. 24), AD\_\_\_\_\_ SA (art. 25), AE\_\_\_\_\_ SA (art. 19), V\_\_\_\_\_ SA (art. 18), sociétés dans lesquelles le demandeur occupe respectivement la fonction d'administrateur unique (S\_\_\_\_\_ SA), d'administrateur avec signature collective à deux (AD\_\_\_\_\_ SA) et d'administrateur avec signature individuelle (AE\_\_\_\_\_ SA ainsi que V\_\_\_\_\_ SA)

c/cc. Le catalogue des attributions intransmissibles et inaliénables de l'art. 716a al. 1 CO correspond à des tâches qui, en raison de leur importance fondamentale, ne peuvent être transférées, ni déléguées, que ce soit à un autre organe de gestion (administrateur[s] délégués ou directeur[s] ou à l'assemblée générale). Ces tâches ont ceci de commun que, au sens large, elles relèvent toutes de la haute direction de la société – et, le cas échéant, de l'entreprise exploitée par celle-ci (PETER/CAVADINI, op. cit. n. 4 ad 716a CO).

12. En droit de la Sàrl, la qualité de gérant revient à toute personne physique. Lorsqu'une personne morale a la qualité d'associé, elle ne peut être gérant. Dans ce cas, la personne morale associée a le droit de désigner une personne physique qui exercera la gestion à sa place (art. 809 al. 2 CO).

---

À l'inverse du droit de la SA (art. 716a al. 2 et 716b CO), les dispositions légales de la Sàrl ne prévoient pas explicitement de délégation des tâches de gestion incombant aux gérants (cf. art. 810 CO). Parmi les attributions intransmissibles et inaliénables (donc non susceptibles de délégation) figurent notamment :

- exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires (art. 810 al. 2 ch. 1 CO) ;
- décider de l'organisation de la société dans le cadre de la loi et des statuts (art. 810 al. 2 ch. 2 CO) ;
- exercer la surveillance sur les personnes chargées de parties de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (art. 810 al. 2 ch. 4 CO).

Hors du domaine des attributions intransmissibles, une délégation des tâches de gestion est possible moyennant une disposition statutaire analogue à celle requise par l'art. 716b al. 1 CO (Cédric CHAPUIS, in Commentaire romand, CO II, n. 14 ad art. 810 CO). Le droit des gérants de nommer des directeurs (ou des fondés de procuration ou mandataires commerciaux) doit quant à lui obligatoirement figurer dans les statuts de la société (art. 776 al. 1 ch. 13 CO) et faire l'objet d'une décision du/ des gérant(s). Si la société a plusieurs gérants, ceux-ci prennent leurs décisions à la majorité des voix émises. Le président a voix prépondérante. Les statuts peuvent prévoir une réglementation différente (art. 809 al. 4 CO).

13. a. Selon le registre du commerce, le demandeur est toujours administrateur de AD\_\_\_\_\_ SA (depuis le 29 octobre 2007), de S\_\_\_\_\_ SA (depuis le 12 octobre 2009 ; anciennement Emina SA) et de AE\_\_\_\_\_ SA (depuis le 28 février 2014). Par ailleurs, il est toujours gérant de R\_\_\_\_\_ Sàrl (depuis le 21 novembre 2011).

Au cours de sa première période d'incapacité de travail complète, le demandeur est devenu administrateur unique avec signature individuelle de M\_\_\_\_\_ SA et de L\_\_\_\_\_ SA (27 mars 2015), ainsi que gérant de N\_\_\_\_\_ Sàrl (10 avril 2015) et de Y\_\_\_\_\_ Sàrl (25 mai 2015). Pour les trois premières sociétés citées, le demandeur a produit des attestations délivrées le 19 janvier 2016, aux termes desquelles il avait été nommé administrateur, respectivement gérant lors de leur constitution, sans participer à aucune discussion ni préparer aucun document qu'il avait signé. Ces attestations précisait qu'il n'avait reçu aucune rémunération pour ces services rendus à titre amical. Enfin, il ressort de l'extrait du registre du commerce que le demandeur n'était plus administrateur de M\_\_\_\_\_ SA et de L\_\_\_\_\_ SA à compter du 16 avril 2015 et qu'il avait cessé d'être le gérant de N\_\_\_\_\_ Sàrl et de Y\_\_\_\_\_ Sàrl dès le 2 juillet 2015.

Durant son incapacité de travail de 50%, le demandeur s'est vu confier la gérance de T\_\_\_\_\_ (26 juin 2015) et U\_\_\_\_\_ Sàrl (2 septembre 2015), ainsi que le poste d'administrateur de V\_\_\_\_\_ SA (3 novembre 2015). À teneur du registre du commerce, ces trois mandats sont encore d'actualité.

---

b. Force est de constater en premier lieu que les procurations que le demandeur a établies en qualité d'administrateur/gérant en faveur de M. J\_\_\_\_\_ et de B\_\_\_\_\_ sont lacunaires puisqu'elles ne se réfèrent notamment pas aux sociétés AD\_\_\_\_\_ SA et AE\_\_\_\_\_ SA et U\_\_\_\_\_ Sàrl. Quant à la procuration que le demandeur a établie en faveur de M. J\_\_\_\_\_, permettant à celui-ci « d'engager toutes les sociétés dans lesquelles je suis administrateur », elle est problématique à plus d'un titre : on ignore d'une part s'il existe une décision préalable du conseil d'administration (art. 27 des statuts de AD\_\_\_\_\_ SA ; art. 19 des statuts de AE\_\_\_\_\_ SA), respectivement des gérants (art. 24 al. 3 et 25 des statuts de U\_\_\_\_\_ Sàrl). D'autre part, cette procuration ne respecte pas le cadre des dispositions statutaires qui traite de la représentation de la société par un tiers mais non de celle d'un membre du conseil d'administration, respectivement d'un gérant par un tiers. Partant, cette procuration est impropre à remplacer celles que AD\_\_\_\_\_ SA, AE\_\_\_\_\_ SA et U\_\_\_\_\_ Sàrl n'ont précisément pas établies en faveur de M. J\_\_\_\_\_, respectivement B\_\_\_\_\_.

c. Les procurations produites le 16 décembre 2016 émanent des sociétés S\_\_\_\_\_ SA, V\_\_\_\_\_ SA, T\_\_\_\_\_ Sàrl et R\_\_\_\_\_ Sàrl. Elles ont été établies uniquement par « A\_\_\_\_\_ administrateur », d'une part en faveur de M. J\_\_\_\_\_, d'autre part en faveur de B\_\_\_\_\_. Les statuts de ces sociétés prévoient toutes le droit du conseil d'administration, respectivement des gérants (pour les Sàrl) de nommer des directeurs, des fondés de procuration ou des mandataires commerciaux.

c/aa S'agissant des procurations en faveur de M. J\_\_\_\_\_, elles autorisent celui-ci à « représenter [la société] dans le cadre de la gestion administrative et comptable ». Il est précisé que la société autorise M. J\_\_\_\_\_ à l'engager. Il semble s'agir de procurations mixtes, c'est-à-dire visant à la fois la conduite interne et la représentation. Dans les deux cas, une décision du conseil d'administration, respectivement des gérants est nécessaire, ainsi qu'une inscription du représentant au registre du commerce, s'il s'agit d'un fondé de procuration. On rappellera pour le surplus que dans une société anonyme, la délégation de la conduite interne doit reposer également sur un règlement d'organisation (cf. ci-dessus : consid. 14).

c/bb. En ce qui concerne les procurations en faveur de B\_\_\_\_\_, elles autorisent cette dernière à « représenter [la société] dans le cadre de la gestion administrative, fiscale et comptable ». Il est précisé que la société autorise « toute personne qui a qualité pour engager B\_\_\_\_\_ ainsi que les membres de son personnel à obtenir les informations nécessaires à la gestion de notre société ». Cette seconde procuration ne saurait concerner une représentation de la société mandante par B\_\_\_\_\_, cette dernière étant elle-même une personne morale. Seule est donc visée la conduite interne. Pour l'aspect externe de la gestion administrative, fiscale et comptable (représentation), la procuration en faveur de M. J\_\_\_\_\_ fait donc foi. Toutefois, celui-ci n'apparaît nulle part dans les extraits du registre du commerce des sociétés concernées, que ce soit en tant que directeur, fondé de procuration ou à un autre titre.

---

d. Il résulte de ce qui précède que les procurations produites par le demandeur ne permettent pas à elles seules d'établir que les sociétés dont il est l'administrateur ou le gérant auraient effectivement confié un mandat de gestion à B\_\_\_\_\_ comme il le prétend. La chambre de céans s'abstiendra toutefois d'ordonner des mesures d'instruction complémentaires (audition de témoins, production des décisions du conseil d'administration, règlements d'organisation des SA etc). En effet, même si celles-ci permettaient de prouver que la gestion de toutes ces sociétés a bel et bien été confiée à B\_\_\_\_\_, cela ne changerait rien au fait que cette délégation de compétences ne saurait inclure les attributions intransmissibles et inaliénables dont le demandeur est impérativement titulaire en qualité d'administrateur ou de gérant.

Ainsi, en déclarant que tout le travail accompli pour les sociétés qu'il administre ou gère entrerait exclusivement dans le cadre de l'activité déployée à 50% pour B\_\_\_\_\_ (cf. p.-v. d'audience du 7 novembre 2016, p. 2), le demandeur a admis, d'une part, qu'il n'était pas qu'un simple homme de paille et, d'autre part, que le temps de travail consacré à ces sociétés était inclus dans son emploi du temps de salarié réduit à 50% pour raisons de santé. Ainsi, le demandeur a fait supporter une partie du coût de son incapacité de travail de 50% à la défenderesse, et ce pour des activités dont une bonne partie au moins est nécessairement étrangère à son emploi « d'expert-comptable » auprès de B\_\_\_\_\_ (cf. demande en justice, point 1) et donc non assurée.

Du reste, le cahier des charges mentionné au point 4 du questionnaire précise que l'activité d'expert-comptable consiste à « effectuer des analyses financières, rédiger des rapports, proposer aux clients des solutions pour améliorer leur situation financière » (pièce 15 demandeur). Or, même en admettant qu'un mandat de gestion ait été confié « de fait » à B\_\_\_\_\_ par les sociétés dont le demandeur est administrateur, respectivement gérant, ce cahier des charges ne se recoupe que très partiellement avec les tâches qui relèvent de la haute direction d'une société (cf. ci-dessus : consid. 14c/cc).

14. Il est ainsi établi qu'en ne mentionnant pas ses activités d'administrateur et de gérant dans le cadre des réponses données aux points 3 et 4 du questionnaire du 20 novembre 2015, le demandeur a passé sous silence des faits qui étaient propres à restreindre l'obligation de la défenderesse, de sorte que les éléments objectifs de l'art. 40 LCA sont réalisés. Ils ne le sont pas, en revanche, s'agissant des activités politiques du demandeur : celui-ci étant assuré pour la perte du gain obtenu chez B\_\_\_\_\_, l'indemnité sert à compenser la perte de ce revenu professionnel. Ainsi, les activités annexes de conseiller municipal sont sans pertinence pour fixer le montant des indemnités journalières (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_574/2014 du 15 janvier 2015 consid. 5.2 pour une problématique similaire).

Reste à déterminer si une intention frauduleuse peut être déduite de l'omission d'indiquer ses activités d'administrateur et de gérant de nombreuses sociétés. Le demandeur explique à ce sujet n'avoir « pas vu la nécessité d'informer [la défenderesse] de ma participation à diverses sociétés dès lors que je suis homme de

paille ». Cette prémisse, qui est clairement inexacte (cf. ci-dessus : consid. 16d), démontre que le demandeur avait parfaitement conscience du fait que ses activités d'administrateur/gérant de sociétés n'étaient pas préjudiciables à la défenderesse que si son emploi d'expert-comptable les englobait. La production étape par étape, selon la tournure des débats, d'attestations « d'homme de paille » (18 février 2016), puis d'une liasse de procurations douteuses (16 décembre 2016), censées vider de toute substance la fonction d'administrateur/ gérant de sociétés, renforce encore cette conviction et fournit suffisamment d'indices sur une omission délibérée. En complétant le questionnaire de la défenderesse en date du 20 novembre 2015, le demandeur entendait donc bel et bien passer sous silence des activités qui étaient propres à réduire les indemnités journalières qui lui étaient allouées. Ce faisant, il a manqué gravement au devoir de diligence (cf. ci-dessus : consid. 9c/bb) qui commandait d'en faire mention. Aussi doit-on considérer qu'il est établi, au degré déterminant de la vraisemblance prépondérante (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_382/2014 du 3 mars 2015 consid. 5.3) que le demandeur a agi avec la conscience et la volonté d'induire la défenderesse en erreur pour en tirer un avantage patrimonial indu.

15. Compte tenu de ce qui précède, la défenderesse peut refuser l'octroi de plus amples indemnités journalières au demandeur. La demande doit dès lors être rejetée.
16. En ce qui concerne la demande reconventionnelle, la défenderesse sera renvoyée aux considérants qui précèdent sur la recevabilité de son action (cf. ci-dessus : consid. 4) et, en tant que de besoin, aux conséquences juridiques d'une prétention frauduleuse de l'ayant droit (cf. ci-dessus : consid. 9d). Force est de constater à cet égard que lorsque l'omission reprochée a eu lieu, soit le 20 novembre 2015, le droit aux prestations était déjà suspendu. En conséquence, n'y a pas de place pour une restitution des prestations déjà versées.

Partant, la demande reconventionnelle sera déclarée irrecevable et rejetée en tant que de besoin.

17. Pour le surplus, il n'est pas alloué de dépens à la charge du demandeur principal qui succombe (art. 22 al. 3 let. b de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 [LaCC - E 1 05]). Cependant, dans la mesure où le demandeur principal, représenté par un conseil, obtient gain de cause sur la demande reconventionnelle, la demanderesse reconventionnelle sera condamnée à lui verser une indemnité de CHF 4'500.-, TVA et débours inclus (art. 106 al. 1 CPC ; art. 20 à 26 LaCC ; art. 84 et 85 du règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 [RTFMC – E 1 05.10]).

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 114 let. e CPC).

\*\*\*

**PAR CES MOTIFS,  
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**À la forme :**

1. Déclare recevable la demande principale.
2. Déclare irrecevable la demande reconventionnelle.

**Au fond :**

3. Rejette la demande principale.
4. Rejette la demande reconventionnelle en tant que de besoin.
5. Condamne SWICA ASSURANCE MALADIE SA à verser à Monsieur A\_\_\_\_\_ la somme de CHF 4'500.- à titre de dépens.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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), sans égard à sa valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b LTF). 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, invoqués comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Julia BARRY

Valérie MONTANI

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