

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1512/2016

ATAS/725/2017

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 28 août 2017

6^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à THÔNEX,
comparant avec élection de domicile en l'étude de
Maître Marc OEDERLIN

Demandeur principal

Défendeur reconventionnel

contre

HELSANA ASSURANCES COMPLÉMENTAIRES
SA, sise Zürichstrasse 130, DÜBENDORF, p.a.
Helsana Assurances SA, Droit des assurances
Romandie, avenue de Provence 15, LAUSANNE

Défenderesse principale

Demanderesse reconventionnelle

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

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : le demandeur), né le _____ 1975, est employé par B_____ entreprise générale SA (ci-après : B_____), laquelle a été créée en février 2009, et est active notamment dans le domaine de la construction, rénovation, gestion de chantiers ; il en a été administrateur, avec signature individuelle jusqu'en mars 2014 ; Monsieur C_____, cousin du demandeur, en est l'actuel administrateur.
2. B_____ est assurée auprès d'HELSANA assurances SA (ci-après : l'assureur) pour une indemnité journalière maladie collective selon la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA – RS 221.229.1) et une police d'assurance Helsana Business Salary n° _____ soumise aux conditions générales d'assurance pour l'assurance indemnité journalière collective Helsana Business Salary selon la LCA, édition du 1^{er} janvier 2006 (CGA); depuis le 1^{er} avril 2010 ; la police prévoit un montant maximum assuré par personne de CHF 200'000.- et cinq personnes assurées ; dès le 1^{er} janvier 2012, la police prévoit un montant maximum assuré par personne de CHF 300'000.- et une seule personne assurée ; depuis le 1^{er} janvier 2014, la police prévoit un montant maximum assuré par personne de CHF 250'000.- et six assurés au sein du personnel gros œuvre (avec une indemnité de 90 % du salaire effectif durant 730 jours dans l'intervalle de 900 jours, avec un délai d'attente de deux jours par cas) et vingt et un assurés au sein du personnel second œuvre gypserie-peinture (avec une indemnité de 80 % du salaire effectif durant 730 jours, dans l'intervalle de 900 jours, avec un délai d'attente de deux jours par cas).
3. Le 20 décembre 2012, B_____ a annoncé à l'assureur une incapacité de travail du demandeur à 100 % et un salaire mensuel brut de CHF 15'600.-
4. L'assuré a perçu une indemnité journalière de l'assureur, de 80 % du salaire assuré, du 7 décembre 2012 au 4 août 2013, pour une incapacité de travail à 100 %, et du 5 au 18 août 2013, pour une incapacité de travail à 50 %, sur la base d'un salaire annuel assuré de CHF 202'793.76.
5. Le 14 janvier 2013, B_____ a établi le certificat de salaire du demandeur mentionnant un revenu annuel brut de CHF 133'973.30 en 2012 ; en 2011, le certificat de salaire du 9 janvier 2012 mentionnait un salaire de CHF 151'783.35.
6. Une IRM lombaire du 15 janvier 2013 a conclu à une « probable séquelle de maladie de Scheuerman, pas de hernie discale, discopathie étagée en L3-L4 avec un canal lombaire étroit à ce niveau (7 mm), discopathie L5-S1 avec petite hernie sous-ligamentaire intra-recessale sans conflit radiculaire, discret remaniement des articulaires postérieurs L4-L5, L5-S1. »
7. À la demande de l'assureur, le docteur D_____, FMH médecine interne, ancien chef de clinique, a indiqué, le 31 janvier 2013, un diagnostic de canal lombaire étroit, de lombalgies persistantes et d'un blocage lombaire ; le traitement et

l'incapacité de travail totale, dans l'activité de contremaître général et peintre en bâtiment, avaient débuté le 5 décembre 2012 pour une durée probable de quelques semaines.

8. À la demande de l'assureur, le docteur E_____, FMH neurochirurgie, a indiqué, le 12 avril 2013, un diagnostic de canal lombaire étroit et un pronostic réservé sans opération ; l'incapacité de travail était totale en tant qu'ouvrier et de 50 % comme patron qui fait de l'administration ; il a joint un courrier adressé au Dr D_____ le 28 mars 2013, indiquant que le demandeur, artisan peintre indépendant, avait développé depuis l'été 2012 des douleurs plus importantes ; il existait trois options de traitement (conservateur, infiltration épидurale et décompression / stabilisation inter-épineuse du segment sténosé).
9. À la demande de l'assureur, le docteur F_____, FMH neurochirurgie (médecin-conseil), a rendu le 15 juillet 2013 un rapport fondé notamment sur un examen clinique du demandeur du 11 juin 2013.

L'assuré avait présenté des douleurs dorsales depuis septembre 2012 ; une infiltration de cortisone avait provoqué une augmentation des douleurs et, selon le médecin-traitant, une réaction allergique au produit injecté ; l'assuré se plaignait de fatigue et de douleurs, surtout en position couchée. Le Dr F_____ a relevé que le status neurologique, ainsi que l'état de la colonne lombaire était normal. Des altérations dégénératives au niveau lombaire avaient été mises en évidence par les examens neuroradiologiques. Il a posé les diagnostics de lombalgies chroniques (M54.5), d'altérations dégénératives lombaires (M47.8) et d'obésité (E66.9).

L'assuré ne devrait pas être limité dans sa dernière activité d'administrateur, qui recherchait des clients, faisait des visites et contrôlait des chantiers. Il a conclu comme suit : « Douleurs chroniques lombaires avec tendance à l'irradiation subjective dans la jambe droite, objective plutôt le côté gauche, mais en tout sans irritation ou déficit radiculaire objectivable. Une réaction allergique après une infiltration lombaire locale n'avait aucun effet sur l'évolution de l'état de santé du patient jusqu'à présent. Les essais de traitement conservateur, médicamenteux et physiques n'ont pas pu améliorer l'état du patient jusqu'à présent. Me basant sur un status neurologique normal et des altérations dégénératives dans la colonne lombaire sans effet sur le status neurologique, j'ai conseillé Monsieur A_____ de retourner au travail, au moins à 50 % dès à présent et d'augmenter ses efforts jusqu'à une capacité de travail à 100 % dans sa profession. En parallèle je propose la poursuite d'une physiothérapie active, éventuellement accompagnée par une médication antiphlogistique. Comme alternative, j'ai proposé un examen rhumatologique. »

Le traitement invasif ou chirurgical n'était pas indiqué car plutôt contre-productif avec risque d'invalidité iatrogène.

10. Le 22 juillet 2013, la doctoresse G_____, médecin-conseil de l'assureur, a estimé que la performance exigible était de 100 %, de sorte que la recherche d'une activité

adaptée ne s'imposait pas ; le demandeur pouvait reprendre son ancien emploi (administrateur qui recherche des clients, fait des visites et contrôle les chantiers) à 50 % puis, environ six semaines après, à 100 %.

11. Par décision du 24 juillet 2013, l'assureur a alloué au demandeur une indemnité journalière de 50 % du 5 au 18 août 2013 et l'a supprimée depuis le 19 août 2013 en se fondant sur les avis des Drs F_____ du 15 juillet 2013 et G_____ du 22 juillet 2013.
12. Le 30 août 2013, le Dr D_____ a certifié un arrêt total de travail du 1^{er} au 30 septembre 2013.
13. Le 25 septembre 2013, le docteur H_____, FMH neurologie et électroneuromyographie, a effectué un examen électroneuromyographique et conclu à une symptomatologie uniquement algique irritable non déficitaire.
14. Le 27 septembre 2013, le Dr D_____ a prolongé l'arrêt de travail jusqu'au 31 octobre 2013.
15. Le 29 octobre 2013, le Dr D_____ a attesté d'une incapacité de travail du demandeur de 50 % du 1^{er} au 30 novembre 2013.
16. Le 12 novembre 2013, le Dr D_____ a indiqué à l'assureur que le demandeur voulait s'opposer à la décision du 24 juillet 2013, car il ne pouvait, selon ses dires, travailler à 50 % dès novembre 2013 en raison des douleurs ; il y avait une discordance entre les plaintes du demandeur et les examens objectifs et il laissait le médecin-conseil se faire une opinion définitive sur l'incapacité de travail du demandeur.
17. Le 20 novembre 2013, la Dresse G_____ a indiqué qu'il convenait de maintenir la décision de l'assureur.
18. Le 21 novembre 2013, l'assureur a écrit au demandeur qu'aucun nouvel élément ne permettait de réexaminer son cas et qu'en conséquence la décision du 24 juillet 2013 était maintenue.
19. Le 27 novembre 2013, le Dr D_____ a attesté d'une incapacité de travail totale du demandeur du 27 au 30 novembre 2013.
20. Le 13 janvier 2014, le docteur I_____, FMH neurochirurgie, a attesté que le demandeur était en traitement pour un problème neurochirurgical depuis le 18 décembre 2013 et était dans l'incapacité de travailler vu l'intensité des douleurs, pour une durée indéterminée ; une intervention chirurgicale serait à envisager ; il a certifié que le demandeur était en incapacité totale de travail du 1^{er} au 31 décembre 2013 puis du 1^{er} au 31 janvier 2014.
21. Le 15 janvier 2014, le demandeur, représenté par un avocat, a requis la reprise du versement de l'indemnité journalière.
22. Le 20 janvier 2014, l'assureur a maintenu sa position du 24 juillet 2013.

23. Le Dr D_____ a attesté d'une incapacité de travail totale du demandeur du 1^{er} février au 31 mai 2014.
24. Le 14 février 2014, le docteur J_____, FMH neurochirurgie a écrit au Dr I_____ qu'il proposait une décompression sélective L3-L4 bilatérale, en raison d'un canal lombaire étroit L3-L4 avec radiculopathie L5 droite. Le demandeur était très handicapé par ses douleurs ; il avait prévu un arrêt de travail à 100 % durant un mois.
25. Le 10 mars 2014, le demandeur a communiqué à l'assureur le rapport du Dr J_____ du 14 février 2014, en relevant qu'il s'agissait d'un élément nouveau et pertinent.
26. Le 31 mars 2014, le docteur K_____, médecin-conseil de l'assureur, a estimé qu'objectivement, le demandeur présentait une pathologie qui pouvait être limitative dans une activité physique, mais la corrélation entre ces atteintes et les plaintes n'était pas médicalement prouvable ; une évaluation des capacités et médicale pouvait être faite à la SUVA.
27. Le 9 avril 2014, l'assureur a répondu qu'une évaluation médicale se justifiait, par le biais d'une expertise à la Clinique romande de réadaptation (CRR).
28. Le 15 mai 2014, la CRR a convoqué le demandeur pour le 2 juin 2014.
29. À la demande de l'assureur, le bureau de détectives ACI Investigations a rendu un rapport le 16 mai 2014, lequel relève ce qui suit : « au cours de nos surveillances (avril et mai 2014), nous avons constaté que A_____ travaille régulièrement et normalement dans les locaux de la société B_____ SA et sur divers chantiers où est active cette société. Nous avons également constaté que l'intéressé parcourt un nombre important de kilomètres au volant, toujours seul. En outre, nous n'avons remarqué aucune gêne apparente dans ses mouvements ou au cours de ses activités professionnelles. »
30. Le 23 mai 2014, le demandeur a requis de l'assureur qu'il mette en place l'expertise et indiqué qu'il allait se faire opérer le 2 juin 2014.
31. Le 26 mai 2014, l'assureur a proposé un entretien au demandeur.
32. Le 26 mai 2014, le demandeur a écrit à l'assureur qu'il avait annulé la convocation à la CRR.
33. Le 2 juin 2014, le Dr I_____ a attesté d'une incapacité de travail totale du demandeur du 2 juin au 22 juillet 2014.
34. Le 3 juin 2014, le demandeur a été opéré à la Clinique de la colline par les Drs I_____ et J_____ (recalibration L3-L4 par fenestrations bilatérales sous vision microscopique).
35. Le 15 juillet 2014, l'assureur a informé le demandeur qu'il avait mandaté le bureau L_____, lequel l'avait observé les 28 et 30 avril et les 8 et 9 mai 2014 en

constatant qu'il s'était régulièrement rendu dans les locaux de B_____ et sur divers chantiers.

Le demandeur avait exercé une activité professionnelle en la dissimulant, de sorte que la couverture issue du contrat collectif perte de gain maladie concernant le demandeur était annulée et un montant total de CHF 130'447.60 (CHF 110'200.40 indemnités journalières versée jusqu'au 18 août 2013, CHF 1'447.20 frais du dossier médical, CHF 10'800.- frais d'observation et CHF 18'000.- frais extraordinaires) lui était demandé en remboursement.

36. Le 25 juillet 2014, le Dr I_____ a attesté d'une intervention réalisée sans complication le 3 juin 2014, suggérée également par les Drs E_____ et J_____.
37. Le 1^{er} août 2014, le Dr J_____ a attesté que le demandeur ressentait une nette amélioration dans sa jambe à la suite de l'opération.
38. Le 1^{er} septembre 2014, le docteur D_____, spécialiste FMH médecine interne, a attesté qu'il suivait le demandeur depuis de nombreuses années, lequel présentait depuis mi-2012 de fortes douleurs au niveau lombaire ; une IRM avait mis en évidence un canal étroit L3-L4 ; le traitement médicamenteux, de physiothérapie et une infiltration avaient été un échec.

Les docteurs E_____, J_____ et I_____ avaient proposé une intervention réalisée le 3 juin 2014 ; l'évolution était lentement favorable et la capacité de travail était de 25 % dès le 1^{er} septembre 2014 ; ils espéraient pouvoir l'augmenter à 50 % en octobre. L'expertise du docteur F_____ contredisait l'avis de quatre médecins spécialisés.

39. Le Dr D_____ a attesté des incapacités de travail suivantes :

- 100 % du 1^{er} au 31 août 2014
- 75 % du 1^{er} septembre 2014 au 30 juin 2015
- 50 % du 1^{er} au 31 juillet 2015

40. Le 11 mai 2016, le demandeur, représenté par un avocat, a conclu, par devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice, à la condamnation de l'assureur au paiement des indemnités journalières dues du 1^{er} septembre 2013 au 24 mai 2015, soit un montant total de CHF 236'462.85, avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} juin 2014. Préalablement, il a conclu à la constatation qu'il faisait toujours partie du cercle des personnes assurées dans le cadre du contrat n° _____. Nonobstant l'avis du Dr F_____, il avait continué de subir des douleurs l'empêchant d'exercer son activité professionnelle et qui avaient augmenté fin 2013 ; il avait alors consulté le Dr I_____ qui avait confirmé une incapacité de travail et suggéré une intervention chirurgicale, celle-ci étant confirmée par le Dr J_____ ; le Dr I_____ lui avait recommandé de se déplacer à l'extérieur pour perdre du poids en vue de l'opération ; c'était dans ce contexte qu'il s'était sporadiquement rendu sur des chantiers pour y rencontrer ses collègues ; un

entretien avait eu lieu avec l'assureur le 18 juin 2014 et le demandeur avait expliqué qu'il allait de temps à autre sur les chantiers pour boire un café avec ses collègues.

Il avait repris son activité professionnelle à 100 % depuis le 1^{er} août 2015. Il ne ressortait pas du rapport de surveillance qu'il avait exercé une activité professionnelle, soit l'organisation des travaux de peinture sur les chantiers et la préparation des échantillons pour les clients, ce qui nécessitait une présence sur le chantier durant des journées entières et la rencontre des clients. Il avait été en incapacité de travail totale certifiée par ses médecins et avait retrouvé petit à petit sa capacité après avoir bénéficié d'une intervention chirurgicale. Le droit aux indemnités prenait fin le 24 mai 2015.

41. Le 2 juin 2016, le Dr K_____ a, au vu des IRM des 15 janvier 2013 et 21 mai 2014, estimé que l'opération n'avait pas été faite en urgence ; il n'y avait pas matière à justifier une nouvelle incapacité temporaire de travail jusqu'à l'opération, cela d'autant que les documents montraient le demandeur se déplaçant normalement, sans posture antalgique ; l'incapacité de travail était totale du 2 juin au 22 juillet 2014, selon le neurochirurgien ; la suite de l'incapacité de travail faite par le médecin-traitant n'était pas justifiée objectivement.
42. Le 3 juin 2016, le Dr K_____ a précisé qu'une expertise n'était pas nécessaire et que le demandeur était apte à travailler à 100 % comme administrateur et comme peintre.
43. Le 7 juin 2016, l'assureur a conclu au rejet de la demande et à la condamnation reconventionnellement du demandeur au paiement de CHF 130'447.60. Le demandeur avait tout fait pour éviter l'expertise à la CRR ; lors de l'entretien du 18 juin 2014 entre les parties, l'opération du demandeur, le cahier des charges, son activité au sein de B_____ et l'investigation avaient été abordés. Il ressortait du rapport de surveillance que le demandeur exerçait son activité professionnelle alors qu'il était en incapacité de travail ; il s'agissait de fréquentes visites de chantier et le demandeur donnait des consignes aux autres travailleurs. Il ne présentait pas de problème physique l'empêchant d'organiser les travaux de peinture sur les chantiers, les plannings des ouvriers et les échantillons pour les clients. Le salaire annoncé du demandeur, soit CHF 15'600.- brut par mois, n'était pas plausible au vu des fiches de récapitulation des salaires de B_____, notamment pour l'année 2012. Il convenait de demander les fiches de salaire de janvier 2012 à mai 2015 du demandeur et l'avis de crédit de la banque pour les salaires reçus ; par ailleurs, le salaire annuel était, selon un certificat de salaire 2011 (CHF 151'783.35) inférieur à celui annoncé par le demandeur. Il était surprenant de constater que la police 2012 ne prévoyait qu'un seul assuré pour un montant de CHF 300'000.-. Les indemnités journalières qui seraient dues du 1^{er} septembre 2013 au 10 mai 2014 seraient de toute façon prescrites, soit un montant de CHF 106'233.60. Le demandeur avait tu volontairement à l'assureur qu'il effectuait une activité professionnelle alors qu'il bénéficiait d'une indemnité journalière ; son activité était prouvée par les

investigations ; les conditions pour mettre fin au contrat étaient remplies et le demandeur devait rembourser CHF 130'447.60 ; si la résiliation du contrat d'assurance n'était pas admise, les conditions générales d'assurance 2006, applicables en l'espèce, imposaient que le demandeur prouve son incapacité de travail ; or, selon le Dr F_____, le demandeur était capable de travailler à 50 % dès le 5 août 2013 et à 100 % dès le 19 août 2013 ; l'expertise du Dr F_____ avait pleine valeur probante ; le demandeur, vu son salaire, effectuait une activité d'administrateur, de sorte que les certificats d'arrêt de travail du Dr D_____ n'étaient pas justifiés objectivement. Si le contrat n'était pas considéré comme résilié, l'assureur était prêt à couvrir la période du 2 juin au 22 juillet 2014. En toute hypothèse, le délai de 730 jours avait débuté le 5 décembre 2012 et prenait fin le 4 décembre 2014, de sorte que l'indemnité maximale à laquelle pouvait prétendre le demandeur était de CHF 81'895.25.

44. Le 21 juin 2016, la chambre de céans a requis du demandeur une copie de ses fiches de salaire de 2010 à 2015 ainsi que la preuve du paiement des salaires de 2012 à 2014.
45. Le 13 juillet 2016, le demandeur a répliqué ; il a conclu au rejet de la demande reconventionnelle et maintenu ses conclusions initiales. Le Dr E_____ avait indiqué que les douleurs s'étaient développées depuis l'été 2012, qu'elles étaient plus importantes et le Dr F_____ avait confirmé que ses douleurs n'étaient pas simulées ; il n'avait pas eu l'intention de se soustraire à l'expertise dès lors que la date de l'opération avait été fixée avant celle de l'expertise ; il n'était pas capable d'exercer son activité professionnelle ; il n'avait d'ailleurs pas été observé en train de porter des bidons de peinture, ni de discuter avec des clients ; il n'avait pas dissimulé à l'assureur s'être rendu sur les chantiers ; il ne contestait pas avoir un rôle de patron dans l'organisation et l'exécution des travaux de peinture (planning des ouvriers et préparation des échantillons pour les clients) ; en juillet 2012, il n'avait pas reçu de salaire étant en congé non payé ; son salaire 2012 était de CHF 202'800.- ; il recevait parfois sur son compte un paiement au titre de remboursement de matériel, de sorte que les montants crédités étaient parfois plus élevés que le montant de son salaire ; les conditions d'une résiliation du contrat d'assurance n'étaient pas remplies.

Il a communiqué les pièces suivantes :

- Six attestations intitulées « récapitulation par collaborateur » au nom du demandeur pour les années 2010 à 2015.

Les salaires mensuels étaient les suivants (CHF) :

	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Janvier :	—	8'900.-	15'600.-	—	—	3'900.-
Février :	—	13'200.-	15'600.-	—	—	3'900.-

Mars :	—	13'200.-	15'600.-	—	—	3'900.-
Avril :	8'500.-	14'800.-	7681,20	—	—	3'900.-
Mai :	8'500.-	11'500.-	—	—	—	3'900.-
Juin :	11'000.-	11'500.-	15'600.-	—	—	3'900.-
Juillet :	11'000.-	—	—	—	—	3'900.-
Août :	—	11'500.-	15'600.-	1'560.-	—	10'500.-
Septembre :	11'000.-	11'500.-	15'600.-	—	3'900.-	10'500.-
Octobre	9'800.-	11'500.-	7'500.-	—	3'900.-	10'500.-
Novembre	—	14'500.-	8'500.-	6'800.-	3'900.-	10'500.-
Décembre	—	14'500.-	848.-	—	3'900.-	10'500.-

- Des extraits de son compte BCGE Privé 1_____.attestant des crédits suivants de la part de B_____ :

2 février 2012 :	CHF 19'280.-	(salaire janvier + frais 2012)
5 mars 2012 :	CHF 17'800.-	(salaire février + frais 2012)
4 avril 2012 :	CHF 17'300.-	(salaire mars + frais 2012)
8 mai 2012 :	CHF 17'300.-	(salaire avril + frais 2012)
7 juin 2012 :	CHF 17'600.-	(salaire mai + frais 2012)

8 octobre 2012 : CHF 17'600 x 3
= CHF 52'800.- (salaire juillet / août + frais
2012 / septembre + frais
2012)

Total CHF 142'080.-

46. Le 21 juillet 2016, l'assureur a dupliqué en relevant que le salaire selon les décomptes bancaires (CHF 122'800.-) n'était pas le même que celui indiqué sur le certificat de salaire annuel (CHF 129'416,20) et ne correspondait pas non plus à celui annoncé à la caisse de compensation, qu'il était par ailleurs étonnant que le demandeur n'ait pas reçu de salaire en octobre et novembre 2012, qu'enfin il réclamait une indemnité journalière pour les mois d'octobre et novembre 2014 alors qu'il avait touché CHF 27'600.- de B_____ le 17 novembre 2014.

47. Le 19 décembre 2016, la chambre de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

Le demandeur a déclaré : « Mon état s'est amélioré après l'opération mais j'ai toujours des douleurs et je dois prendre des médicaments. J'ai aussi eu une infiltration. Je travaille à 100 % depuis le 1er août 2015 mais je travaille un peu moins à cause des douleurs. En 2009 j'ai créé tout seul la société B_____. Dès le départ j'ai travaillé avec mon cousin et celui-ci est devenu administrateur en 2013. Je lui ai confié cette charge en raison de mon état de santé. L'institution de prévoyance est Swisslife. Au début de la société, quand j'étais seul j'étais moi-même peintre et plâtrier. J'ai rapidement engagé des ouvriers car j'avais des gros mandats. J'ai toujours gardé une activité de peintre jusqu'au moment où j'ai été malade en 2012. J'organise le travail des ouvriers. J'ai continué de faire des échantillons de peinture. Ma société fait également des travaux de carrelage et de façade en plus de la peinture et du plâtre. Je travaillais toujours en salopette. Je confirme qu'en 2012 je gagnais CHF 15'600.- par mois. À mon souvenir mon cousin gagne la même chose que moi. Actuellement il y a environ trente à quarante employés. Le nombre d'ouvrier a augmenté jusqu'en 2012, puis j'ai dû licencier en raison de mon état de santé dès 2013. J'ai ensuite délégué la gestion de la société à mon cousin lequel a réengagé des ouvriers. J'ai chaque mois des frais pour la société, tel que des frais de repas ou de matériel qui me sont ensuite remboursés. Il y a une secrétaire dans la société qui s'occupe du paiement des salaires. Comme les clients ne paient pas régulièrement il m'arrivait de ne pas prendre mon salaire un mois et de le reporter sur le mois suivant. Ce qui explique que je n'ai pas reçu de salaire certain mois et trois salaires d'un coup. Je ne peux pas vous expliquer pourquoi le contrat d'assurance avec Helsana ne mentionne qu'une seule personne depuis le 1er janvier 2012. Avant l'opération le Dr I_____ m'avait demandé de sortir et de bouger, je me suis donc effectivement rendu sur les chantiers mais seulement pour voir du monde, discuter et boire des cafés avec des collègues. Je

n'ai jamais travaillé et en particulier je n'ai plus effectué de travaux de peinture. Pendant la période de l'incapacité de travail je ne me suis jamais rendu au bureau le matin pour organiser le travail des ouvriers. Cette activité était assumée par mon cousin et le technicien. Mon travail, avant ma maladie, consistait à conduire les camions, porter les bidons de peinture et peindre. J'étais toujours en salopette de travail et j'ai dû arrêter cette activité au moment où j'ai eu des problèmes de dos, en particulier j'ai diminué cette activité en septembre 2012. En décembre 2013 le Dr I_____ m'a dit d'arrêter les médicaments que je prenais car je faisais une réaction à la Cortisone et, en vue de la préparation de l'opération, il m'a prescrit de bouger notamment en marchant beaucoup. En 2014 j'étais beaucoup plus actif qu'en 2013 et j'ai beaucoup marché. Vous me demandez de confirmer que lors d'une entrevue à l'étude le 18 juin 2014 avec Helsana j'aurais d'abord dit qu'avant l'intervention je restais tranquille chez moi puis, au vu du rapport des détectives, qu'en réalité je sortais pour marcher. Je ne peux pas vous confirmer cela car je ne me rappelle plus ce que j'ai dit ce jour-là ce d'autant que le rendez-vous a eu lieu très peu de temps après l'opération. Je me rappelle en revanche avoir été choqué par votre question me demandant pour quelle raison je m'étais fait opérer. Mon activité avant mon incapacité de travail était dans la grande majorité une activité de peintre, la gestion de la société ne me prenait que très peu de temps. Je travaillais beaucoup avec des sous-traitants que je mandatais sous simple appel téléphonique ».

L'avocat du demandeur a déclaré : « De mémoire il me semble que le cousin du recourant à un salaire légèrement inférieur. Un directeur a été engagé courant 2012. Il s'agit d'une personne qui est un technicien en bâtiment, Monsieur M_____, et qui a petit à petit remplacé M. A_____. Nous proposons de vous fournir un explicatif du comptable s'agissant des frais remboursés à l'assuré ou pas, ainsi que la déclaration AVS des salaires depuis 2009 pour tous les employés. Je produirai la preuve du versement des salaires d'octobre à décembre 2012 ».

Les représentants de la défenderesse ont déclaré : « Chaque année un formulaire est envoyé à l'entreprise pour qu'elle indique la masse salariale. Parfois il existe une liste nominative des employés, mais pas dans le cas de B_____. Nous effectuons de temps à autre des contrôles de l'adéquation de la masse salariale par rapport au nombre de salariés, mais pas de manière systématique. Dans le cas de B_____ le back office a vraisemblablement contrôlé la masse salariale qui a été admise car le nombre d'employés varie en fonction de la saison. Par ailleurs un contrôle est fait avec les listes de la caisse. À mon souvenir je n'ai jamais remis en cause la nécessité de l'intervention chirurgicale. Le cahier des charges de M. A_____ n'a pour nous jamais été clair, notamment la part réservée à la gestion. Pour nous le cahier des charges n'est toujours pas clair, car le salaire du demandeur est celui d'un administrateur alors qu'il nous dit avoir une activité de peintre. Cet aspect est important car une capacité de travail lui était reconnue comme gestionnaire. Nous

maintenons notre demande reconventionnelle. Nous n'arrivons pas à déterminer le salaire du demandeur à ce stade ».

48. Le 11 janvier 2017, l'assureur a requis l'audition des témoins suivants : Monsieur N_____, détective privé, les Drs F_____ et K_____, en précisant que ces médecins devaient être entendus en même temps.
49. Le 12 janvier 2017, le demandeur a requis l'audition des témoins suivants : Drs D_____, I_____ et J_____, Monsieur C_____, Madame A_____, Monsieur O_____ et Monsieur P_____.
50. Le 23 janvier 2017, le demandeur s'est opposé à l'audition conjointe des Drs F_____ et K_____.
51. Le 31 janvier 2017, le demandeur a communiqué les pièces suivantes :
 - Courrier de B_____ à la caisse de compensation attestant du nombre d'employés suivants : six en septembre 2010, sept en novembre 2010, onze en mars 2011, treize en novembre 2011, quinze en mars 2012, treize en novembre 2012, huit en mars 2013, seize en novembre 2013, vingt-trois en avril 2014, trente et un en novembre 2014, trente en mars 2015, trente-deux en novembre 2015, quarante en mars 2016 et cinquante-deux en novembre 2016.
 - Un récapitulatif total entreprise attestant des salaires bruts suivants :
 - CHF 67'332.05 pour 2010,
 - CHF 558'531.15 pour 2011,
 - CHF 821'477.85 pour 2012,
 - CHF 610'779.65 pour 2013,
 - CHF 1'200'598.80 pour 2014,
 - CHF 1'671'133.30 pour 2015,
 - CHF 2'436'808.55 pour 2016.
 - Des attestations des 12 novembre 2012, 10 décembre 2012 et 21 décembre 2012, signées par B_____ et le demandeur, selon lesquelles celui-ci a reçu un salaire net de :
 - CHF 7'229.85 en octobre 2012,
 - CHF 6'891.70 en novembre 2012,
 - CHF 8'855.15 en décembre 2012.
 - Des décomptes de salaire pour les mois d'octobre, novembre et décembre 2012.
 - Des procès-verbaux concernant trois chantiers _____ route des Q_____, _____ rue du R_____ et Russin) des 14 avril, 15 avril, 22 avril, 29 avril, 5 mai, 6 mai, 12 mai, 13 mai et 20 mai 2014, mentionnant que Monsieur O_____ est présent pour B_____.

L'assuré a indiqué qu'il avait reçu ses salaires pour octobre, novembre et décembre 2012 en cash, ce qui expliquait qu'ils n'apparaissent pas sur les relevés de son compte ; les procès-verbaux démontraient qu'il n'avait pas assisté aux séances des chantiers sur lesquels B_____ travaillait d'avril à mai 2014.

52. Le 20 février 2017, l'assureur a observé que le demandeur n'avait transmis que deux courriers d'annonce des salaires à la caisse de compensation et non les courriers correspondant à chaque mois d'activité, ce qui démontrait son manque de volonté de communiquer les pièces requises ; il devait fournir tous les courriers adressés à la caisse de compensation entre 2010 et 2015 ; le demandeur bénéficiait d'un salaire conséquent (CHF 11'000.- en septembre 2010 et CHF 15'600.- en mars 2012) ce qui démontrait qu'il était gérant de B_____ dès 2010 et non pas seulement peintre ; en conséquence, les limitations du demandeur ne l'avaient pas empêché de continuer d'effectuer son activité professionnelle ; il était d'ailleurs encore inscrit au registre du commerce en mars 2014 comme administrateur.

M. O_____ avait été engagé avant l'incapacité de travail du demandeur puisqu'il apparaissait sur le décompte de novembre 2012 ; il n'avait donc pas remplacé le demandeur ; B_____ était même en pleine expansion, le nombre d'employés ayant continuellement augmenté depuis 2010.

Il était étonnant qu'il n'y ait pas de trace comptable du versement des salaires d'octobre à décembre 2012 ; le demandeur devait prouver la réception de ces montants.

Le demandeur devait produire ses fiches de salaire de janvier 2012 à mai 2015.

L'absence du demandeur aux séances de chantier n'empêchait pas celui-ci de diriger l'entreprise et il n'était pas établi qu'il participait d'habitude aux séances de chantier. La surveillance avait d'ailleurs démontré que le demandeur s'était rendu sur des chantiers à Russin, avenue de la Praille, chemin des V_____, rue du R_____, rue S_____, avenue des T_____ et route de U_____.

La totalité des procès-verbaux de chantier de B_____ devait être produite, ainsi que le cahier des charges de M. O_____.

Enfin, il était surprenant de constater que le demandeur, en décembre 2012, alors en incapacité de travail en raison de lombalgies, avait effectué en voiture 850 km en deux jours ouvrables, ce qui démontrait qu'il avait travaillé alors qu'il était en arrêt maladie.

53. Le 10 avril 2017, la chambre de céans a tenu une audience d'enquêtes.

Madame A_____, épouse du demandeur, a déclaré qu'avant son opération, son époux travaillait comme peintre mais que depuis il surveillait uniquement les gens qui travaillaient. En 2013, il avait subi une piqûre dans le dos et son état avait empiré ; il avait également perdu la mémoire ; il ne parlait plus et ne marchait plus ; la période 2012 à 2014 avait été une catastrophe ; Mme A_____ a pleuré au

moment de cette déclaration ; elle a ensuite déclaré qu'après l'opération, cela avait été un peu mieux car l'état de santé de son époux s'était amélioré.

Monsieur C_____, cousin du demandeur, a déclaré qu'il présidait B_____ depuis 2013, que le demandeur était une personne de terrain qui exerçait comme peintre et ramenait des affaires pour la société, qu'avec sa maladie celui-ci avait démissionné et ne s'occupait plus de rien et n'avait plus jamais peint, qu'il passait de temps en temps à l'entreprise pour boire un café, voire sur les chantiers pour rencontrer des ouvriers ou des copains, qu'il avait pris beaucoup de médicaments, qu'après avoir reçu de la cortisone il était très mal et avait perdu la voix pendant six mois, que ce n'était pas un profiteur, qu'il avait même refusé l'AI alors qu'il était encore malade et qu'il oubliait encore beaucoup de choses.

Monsieur O_____, peintre chez B_____, a déclaré qu'en 2011 et 2012 le demandeur était son patron, que c'était le chef mais qu'il peignait avec eux, qu'ensuite il était tombé malade et avait arrêté de travailler.

Monsieur C_____, peintre chez B_____, a déclaré que le demandeur était son patron depuis 2011, qu'au début il travaillait sur les chantiers, il amenait du matériel, dirigeait et contrôlait le travail, qu'il peignait aussi avec eux, que parfois il restait seulement une heure et parfois toute une journée sur un chantier et qu'après sa maladie il n'était plus jamais venu sur les chantiers pour travailler hormis pour boire un café.

Monsieur O_____, conducteur de travaux chez B_____, a déclaré que le demandeur gérait les équipes et œuvrait sur les chantiers, qu'il travaillait toujours sur site et organisait le travail, qu'il œuvrait aussi comme peintre, amenait des échantillons et du matériel, qu'il l'avait vu travailler comme peintre sur les chantiers, que c'était une personne de terrain qui n'avait jamais géré l'aspect administratif de la société, qu'avec sa maladie il ne pouvait plus travailler sur les chantiers, que les chefs d'équipes avaient repris son travail de direction sur les chantiers, que depuis sa maladie il coordonnait le travail sur les chantiers et passait voir les fournisseurs, qu'en 2012-2013 la société avait vécu une période difficile en partie en raison de la conjoncture dans le bâtiment et en partie en raison de l'absence du demandeur dans la société, que celui-ci prospectait auprès de la clientèle, qu'il développait des relations avec des clients principalement sur les chantiers, que B_____ travaillait avec des contrats de sous-traitance ce qui expliquait que même en période de creux il n'y avait pas eu de grande variation du personnel fixe, mais seulement une baisse des contrats de sous-traitance.

54. Le 19 avril 2017, l'assureur a observé que si la fraude du demandeur n'était pas retenue, il maintenait sa demande d'audition des Drs K_____ et F_____, qu'il était aussi nécessaire d'entendre le détective N_____ afin que ce dernier confirme son rapport, lequel n'était, à ce stade, qu'un allégué de partie ; qu'en outre, dans le cadre de la procédure de l'assurance-invalidité, le demandeur n'avait pas collaboré de sorte qu'on devait en conclure qu'il avait renoncé à son droit aux prestations

sociales et, en conséquence, renoncé aux prestations de l'assureur selon les termes de l'art. 13.8 CGA et que cette renonciation était effective dès le 15 janvier 2014, date du premier courrier de l'OAI de demande de renseignements, resté sans réponse.

L'assureur a joint notamment les pièces suivantes :

- Une demande de prestations AI pour adulte signée par le demandeur le 23 avril 2013.
- Une décision de l'OAI du 29 juin 2015 rejetant la demande de prestations du demandeur du 14 mai 2013 au motif qu'il n'avait pas collaboré et que les conséquences d'un refus de coopérer lui avaient été communiquées par courrier du 23 avril 2015.

55. À la demande de la chambre de céans, le Dr I_____ a donné des renseignements complémentaires le 13 avril 2017.

Il a indiqué que l'incapacité de travail attestée depuis le 1^{er} décembre 2013 avait perduré jusqu'à l'intervention du 3 juin 2014 ; l'étiologie aux symptômes décrits par le demandeur (claudication), à savoir le rétrécissement canalaire, ne pouvait être levé que par une intervention chirurgicale. Le traitement conservateur permettait parfois un soulagement, ce qui n'avait pas été le cas chez le demandeur, raison pour laquelle une intervention avait été décidée. Le handicap consécutif était fonctionnel, à savoir une limitation de sa mobilité, qui avait bien évidemment une conséquence sur une activité comme peintre mais qui n'avait pas de conséquence sur une activité de bureau, bien qu'il puisse être dérangé pour se rendre sur son lieu d'activité.

L'incapacité de travail avait perduré depuis l'intervention et au-delà du 22 juillet 2014 ; lors du contrôle postopératoire effectué le 25 juillet 2014, l'amélioration était significative mais incomplète ; une imagerie avait été répétée pour s'assurer de l'absence de complications, ce qui fut le cas. Il avait pour cette raison prolongé l'arrêt de travail jusqu'à un rendez-vous ultérieur prévu le 29 août 2014 ; il avait vu finalement le demandeur le 1^{er} septembre. À ce moment-là, une reprise à 25 % dès le 1^{er} septembre avait été décidée, comme il y avait encore certaines douleurs résiduelles.

La reprise de l'activité était possible à 25 % dès le 1^{er} septembre 2014. Il avait revu le demandeur les 29 septembre et 17 novembre 2014. L'importance du rétrécissement radiologiquement ne déterminait pas l'importance des plaintes du patient. Il fallait qu'il y ait une corrélation anatomo clinique, ce qui était le cas chez le demandeur qui présentait des plaintes tout à fait compatibles avec un rétrécissement canalaire au niveau observé, raison pour laquelle une intervention avait été proposée au vu de l'échec du traitement conservateur. L'indication pour ce geste subjectivait l'importance des plaintes et de l'impact sur la qualité de vie du patient la déterminait.

Il n'était pas d'accord avec l'avis du Dr K_____ du 2 juin 2016 selon lequel une incapacité de travail totale jusqu'à l'opération et au-delà du 22 juillet 2014 n'était pas justifiée ; la capacité de travail jusqu'à l'opération était liée à l'évolution sous traitement conservateur, qui était malheureusement restée négative, raison pour laquelle il avait été décidé d'agir finalement chirurgicalement. L'incapacité postérieure au 22 juillet 2014 était le fait de la récupération postopératoire qui fut chez ce patient plus longue que chez un autre patient, avec des contrôles radiologiques qui n'avaient pas montré de complications particulières ; le caractère douloureux résiduel restait malheureusement subjectif.

Il n'y avait pas de critère objectif pour évaluer les douleurs lombaires qui pouvaient se présenter dans les pathologies rachidiennes. Il rejoignait l'avis du Dr D_____ du 1^{er} septembre 2014 selon lequel la capacité de travail était de 25 % dès le 1^{er} septembre 2014. Il avait revu l'assuré en 2016 pour un blocage lombaire post-traumatique résolu sous traitement et l'évolution globale après la chirurgie était finalement favorable.

56. Le 28 avril 2017, l'assureur a communiqué deux courriers de rappel de l'OAI à l'assuré dès 17 mars 2014 et 10 février 2015.
57. À la demande de la chambre de céans, l'assureur a fait le 9 mai 2017 des observations à la suite du rapport du Dr I_____ du 13 avril 2017 et de l'audience d'enquête du 10 avril 2017. Il lui était également demandé de se prononcer sur les autres éventuelles mesures d'instruction souhaitées.

Il ressortait du témoignage que le demandeur ne faisait pas qu'une simple activité de peintre mais dirigeait concrètement les ouvriers, faisait des échantillons, coordonnait le travail, passait voir les fournisseurs et prospectait auprès de la clientèle ; compte tenu de son salaire, il n'effectuait pas qu'une activité de peintre mais un travail d'administrateur, de contremaître, de directeur de travaux, activité qu'il pouvait effectuer entre 2013 et 2015, ce que l'enquête de M. N_____ avait démontré.

Le Dr I_____ confirmait la capacité de travail du demandeur comme administrateur et rejoignait l'avis du Dr K_____ pour dire que la douleur de l'assuré n'était pas objectivable ; le Dr K_____ confirmait l'absence de plainte objectivable avant et après l'opération et donc la capacité du demandeur en tant que peintre ; au mieux une incapacité de travail ne pourrait que concerner une activité de peintre pour un salaire mensuel brut maximum de CHF 4'000.- du 11 mai au 4 décembre 2014, soit un montant total de CHF 11'888.20 correspondant à 113 jours x [80 % (48'000 : 365)].

Il a joint un avis du Dr K_____ du 8 mai 2017 selon lequel « on constatait que le désaccord partiel avec le Dr I_____ repose essentiellement sur des troubles non-objectifs qui sont des douleurs perdurantes sans corrélation avec le status. Dans ce contexte, si ces troubles subjectifs sont admis, on comprend le raisonnement du médecin. Mais cela vient dans un cadre de posture filmée à l'insu du patient qui ne

corroboire pas ces plaintes subjectives décrites au médecin avant l'opération et donc vu l'évolution longue post-opératoire, également après l'opération. En d'autres termes, l'assuré avait également des plaintes non objectivables avant l'opération, ce qui ne justifiait pas un arrêt de travail en tant que peintre. Après l'opération, il doit être parvenu à la conclusion que les plaintes ne justifient pas non plus une incapacité de travail en tant que peintre au-delà du 22 juillet 2014 ».

58. À la demande de la chambre de céans, le demandeur a fait des observations le 29 mai 2017 - à la suite du rapport du Dr I_____ du 13 avril 2017 et de l'audience d'enquête du 10 avril 2017 - et s'est prononcé sur l'écriture de l'assureur du 19 avril 2017 ainsi que sur l'exception de prescription et l'échéance de la période d'indemnisation de 730 jours soulevées par l'assureur. Il lui était également demandé de se prononcer sur les éventuelles autres mesures d'instruction souhaitées.

Le demandeur constatait que le Dr I_____ confirmait ses allégués ; il contestait avoir renoncé aux prestations de l'assureur car il avait annoncé son cas à l'OAI et n'avait jamais renoncé par écrit à son droit de percevoir une indemnité de l'OAI ; son silence n'équivalait pas à une renonciation et la décision de l'OAI mentionnait un refus de prestations. Les divers témoignages confirmaient qu'il n'avait pas exercé comme peintre ou chef d'équipe pendant son incapacité de travail ; le rapport de surveillance montrait d'ailleurs qu'il n'était pas en tenue ; il avait ensuite modifié son activité pour s'adapter à sa nouvelle condition ; rien ne permettait non plus d'affirmer qu'il avait exercé pendant son incapacité comme contremaître ou administrateur. Son absence avait entraîné une baisse du chiffre d'affaire de la société ce qui était un indice qu'il n'avait pas travaillé.

Au vu de la prescription et de l'introduction de la demande le 11 mai 2016, il réclamait le versement de l'indemnité journalière dès le 11 mai 2014 ; compte tenu du délai de 730 jours prévu dans la police, il avait droit à l'indemnité journalière jusqu'au 4 décembre 2014. En conséquence, il modifiait ses conclusions en concluant à la condamnation de l'assureur au paiement de CHF 81'895.25 (CHF 50'226.15 du 11 mai au 31 août 2014 et CHF 31'669.10 du 1^{er} septembre au 4 décembre 2014).

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^{er} 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. En l'occurrence, l'art. 38 CGA prévoit que pour toutes les actions au sujet du présent contrat d'assurance, sont compétents aux choix soit les tribunaux du domicile suisse du preneur d'assurance ou de l'ayant droit, soit ceux du lieu de travail de l'ayant droit, soit ceux du siège principal d'Helsana Assurances complémentaires SA.

Le demandeur étant domicilié dans le canton de Genève, qui est également son lieu de travail, la chambre de céans est compétente à raison du lieu pour connaître de la présente demande. Il en est de même s'agissant de la demande reconventionnelle (art. 14 et 224 du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC – RS 272) ; partant la demande et la demande reconventionnelle sont recevables.

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. S'agissant de l'objet du litige, il convient de relever ce qui suit :

La défenderesse a excipé de l'exception de prescription concernant l'indemnité journalière requise par le demandeur du 1^{er} septembre 2013 au 10 mai 2014, soit pour la période au-delà des deux ans qui précèdent le dépôt de l'action du 11 mai 2016, en référence à l'art. 46 al. 1 LCA. Dans son écriture du 29 mai 2017, le demandeur a admis la prescription de l'indemnité antérieure au 11 mai 2014 et réduit ses conclusions en paiement en conséquence.

La défenderesse a également fait valoir l'échéance de l'indemnité journalière au 4 décembre 2014, soit à l'issue d'un délai de 730 jours. Dans son écriture du 29 mai 2017, le demandeur a admis l'échéance du délai de 730 jours au 4 décembre 2014 et réduit en conséquence ses conclusions en paiement.

Au vu de ce qui précède, il convient de constater que le droit à l'indemnité journalière encore litigieux est celui relatif à la période du 11 mai au 4 décembre 2014.

5. a. La procédure simplifiée s'applique aux litiges portant sur des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal (art. 243 al. 2 let. f CPC) et la chambre de céans établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC).

La jurisprudence applicable avant l'introduction du CPC, prévoyant l'application de la maxime inquisitoire sociale aux litiges relevant de l'assurance-maladie complémentaire, reste pleinement valable (ATF 127 III 421 consid. 2). Selon cette maxime, le juge doit établir d'office les faits, mais les parties sont tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Ce principe n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. Le juge

ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces; il est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuves sont complètes uniquement lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner leurs moyens de preuve et de les présenter. La maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaire l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a).

La maxime inquisitoire sociale ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve (arrêt du Tribunal fédéral 4C.185/2003 du 14 octobre 2003 consid. 2.1). Pour toutes les prétentions fondées sur le droit civil fédéral, l'art. 8 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210), en l'absence de règles contraires, répartit le fardeau de la preuve et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 133 III 323 consid. 4.1 non publié; ATF 130 III 321 consid. 3.1 ; ATF 129 III 18 consid. 2.6 ; ATF 127 III 519 consid. 2a). Cette disposition ne prescrit cependant pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées (cf. ATF 122 III 219 consid. 3c ; ATF 119 III 60 consid. 2c). Elle n'empêche pas le juge de refuser une mesure probatoire par une appréciation anticipée des preuves (ATF 121 V 150 consid. 5a). L'art. 8 CC ne dicte pas comment le juge peut forger sa conviction (ATF 122 III 219 consid. 3c ; ATF 119 III 60 consid. 2c ; ATF 118 II 142 consid. 3a). En tant que règle sur le fardeau de la preuve, il ne s'applique que si le juge, à l'issue de l'appréciation des preuves, ne parvient pas à se forger une conviction dans un sens positif ou négatif (ATF 132 III 626 consid. 3.4 et ATF 128 III 271 consid. 2b/aa). Ainsi, lorsque l'appréciation des preuves le convainc de la réalité ou de l'inexistence d'un fait, la question de la répartition du fardeau de la preuve ne se pose plus (ATF 128 III 271 consid. 2b/aa).

En vertu de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. En conséquence, la partie qui fait valoir un droit doit prouver les faits fondant ce dernier, tandis que le fardeau de la preuve relatif aux faits supprimant le droit, respectivement l'empêchant, incombe à la partie, qui affirme la perte du droit ou qui conteste son existence ou son étendue. Cette règle de base peut être remplacée par des dispositions légales de fardeau de la preuve divergentes et doit être concrétisée dans des cas particuliers (ATF 128 III 271 consid. 2a/aa avec références). Ces principes sont également applicables dans le domaine du contrat d'assurance (ATF 130 III 321 consid. 3.1).

En principe, un fait est tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la vérité d'une allégation. La loi, la doctrine et la jurisprudence ont apporté des exceptions à cette règle d'appréciation des preuves. L'allègement de la preuve est alors justifié par un « état de nécessité en matière de preuve » (Beweisnot), qui se rencontre lorsque, par la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas

possible ou ne peut être raisonnablement exigée, en particulier si les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices (ATF 132 III 715 consid. 3.1 ; ATF 130 III 321 consid. 3.2). Tel peut être le cas de la survenance d'un sinistre en matière d'assurance-vol (ATF 130 III 321 consid. 3.2) ou de l'existence d'un lien de causalité naturelle, respectivement hypothétique (ATF 132 III 715 consid. 3.2). Le degré de preuve requis se limite alors à la vraisemblance prépondérante (die überwiegende Wahrscheinlichkeit), qui est soumise à des exigences plus élevées que la simple vraisemblance (die Glaubhaftmachung). La vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ou hypothèses envisageables ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 133 III 81 consid. 4.2.2 ; ATF 132 III 715 consid. 3.1 ; ATF 130 III 321 consid. 3.3).

En vertu de l'art. 8 CC, la partie qui n'a pas la charge de la preuve a le droit d'apporter une contre-preuve. Elle cherchera ainsi à démontrer des circonstances propres à faire naître chez le juge des doutes sérieux sur l'exactitude des allégations formant l'objet de la preuve principale. Pour que la contre-preuve aboutisse, il suffit que la preuve principale soit ébranlée, de sorte que les allégations principales n'apparaissent plus comme les plus vraisemblables (ATF 130 III 321 consid. 3.4). Le juge doit procéder à une appréciation d'ensemble des éléments qui lui sont apportés et dire s'il retient qu'une vraisemblance prépondérante a été établie (ATF 130 III 321 consid. 3.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_61/2011 du 26 avril 2011 consid. 2.1.1).

b. Il est de jurisprudence qu'une expertise privée n'est pas un moyen de preuve au sens de l'art. 168 al. 1 CPC, mais qu'elle doit être assimilée aux allégués de la partie qui la produit (ATF 141 III 433 consid. 2.6 p. 437 ; 140 III 24 consid. 3.3.3 p. 29). Seules doivent être prouvées les allégations qui sont expressément contestées. Une telle contestation doit être suffisamment précise afin que l'on puisse déterminer quelles sont les allégations du demandeur qui sont contestées. En d'autres termes, la contestation doit être concrète à telle enseigne que la partie qui a allégué les faits sache quels sont ceux d'entre-eux qu'il lui incombe de prouver. Le degré de la motivation d'une allégation exerce une influence sur le degré exigible de motivation d'une contestation. Plus détaillées sont certaines allégations de la partie qui a le fardeau de la preuve, plus concrètement la partie adverse doit expliquer quels sont au sein de celles-ci les éléments de fait qu'elle conteste. Le fardeau de la contestation ne saurait toutefois entraîner un renversement du fardeau de la preuve (ATF 141 III 433 consid. 2.6 p. 438 et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_318/2016 du 3 août 2016).

En présence de rapports médicaux contradictoires, le juge ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. L'élément déterminant

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

6. a. En l'espèce, la défenderesse se prévaut de l'annulation rétroactive du contrat d'assurance perte de gain maladie concernant le demandeur depuis le 5 décembre 2012, au motif que le demandeur a fait valoir une prétention frauduleuse ; en particulier, la défenderesse estime que le demandeur a volontairement tu à l'assurance qu'il effectuait une activité professionnelle auprès de B_____ dont il était administrateur, en se fondant sur le rapport de surveillance de M. N_____ (réponse de la défenderesse du 7 juin 2016 p. 19-20).

b. Préalablement, la défenderesse requiert l'audition de M. N_____, au titre de témoin, afin que le rapport de celui-ci soit considéré non pas comme un allégué de partie mais comme un témoignage.

Selon l'art. 150 al. 1 CPC la preuve a pour objet les faits pertinents et contestés.

Tel n'est pas le cas du rapport en cause, le demandeur n'ayant pas contesté les images réalisées par M. N_____ mais uniquement l'interprétation de celles-ci effectuées par la défenderesse, soit l'affirmation que le demandeur travaillait effectivement (réponse du 7 juin 2017 – fait n°30), qu'il donnait des consignes à ses ouvriers (réponse du 7 juin 2017 – fait n°34) et qu'il n'avait aucune limitation pour se déplacer et effectuer son activité professionnelle (réponse du 7 juin 2017 – fait n°35). Le témoignage de M. N_____ n'est donc pas nécessaire et il y sera renoncé, par appréciation anticipée des preuves (ATF 130 II 425).

c. L'art. 40 LCA définit la prétention frauduleuse. Il prévoit que si l'ayant droit ou son représentant, dans le but d'induire l'assureur en erreur, dissimule ou déclare inexactement des faits qui auraient exclu ou restreint l'obligation de l'assureur, ou si, dans le but d'induire l'assureur en erreur, il ne fait pas ou fait tardivement les communications que l'art. 39 LCA lui impose, l'assureur n'est pas lié par le contrat envers l'ayant droit. D'un point de vue objectif, la dissimulation ou la déclaration inexacte doit porter sur des faits qui sont propres à remettre en cause l'obligation même de l'assureur ou à influencer sur son étendue; en d'autres termes, sur la base d'une communication correcte des faits, l'assureur verserait une prestation moins importante, voire n'aurait aucune prestation à verser. Ainsi en est-il lorsque l'ayant droit déclare un dommage plus étendu qu'en réalité, par exemple lorsque l'atteinte à

la santé n'est pas aussi grave qu'annoncée. En plus, l'ayant droit doit, sur le plan subjectif, avoir l'intention de tromper. Il faut qu'il ait agi avec la conscience et la volonté d'induire l'assureur en erreur, afin d'obtenir une indemnisation plus élevée que celle à laquelle il a droit; peu importe à cet égard qu'il soit parvenu à ses fins (arrêt du Tribunal fédéral 4A_286/2016 du 29 août 2016 consid. 5.1.2 et les arrêts cités ; 4A_643/2016 du 7 avril 2017).

d. Dans l'arrêt précité (4A_643/2016), le Tribunal fédéral a constaté que l'assurée, coiffeuse indépendante, qui, en arrêt de travail, se rend dans son salon de coiffure pour passer du temps devant l'ordinateur, répondre au téléphone, prendre les rendez-vous, s'occupe de l'agenda et discute avec la clientèle, sans exercer une activité spécifique, soit des tâches qui ne constituaient pas l'essence du métier de base de coiffure, ne fait aucune déclaration mensongère en réclamant une indemnité journalière à l'assurance perte de gain en cas de maladie, ce d'autant que sur le plan subjectif l'assurée pouvait penser de bonne foi que seule l'activité de coiffeuse, qu'elle n'était pas capable d'exercer, était déterminante pour les montant de l'indemnité journalière.

Or, en l'occurrence, la situation du demandeur est comparable à celle précitée. En effet, il ressort des enquêtes menées par la chambre de céans que l'activité essentielle exercée par le demandeur avant son incapacité de travail de décembre 2012 était une activité de peintre et directeur de chantier. Les témoins entendus en audience le 10 avril 2017 ont déclaré de façon convergente que le demandeur était un homme de terrain qui exerçait comme peintre, qu'il ne s'était jamais occupé de la comptabilité de l'entreprise, qu'il ramenait des affaires (témoin C_____), qu'il travaillait comme peintre avant son opération (témoin A_____), qu'il travaillait comme peintre sur plusieurs chantiers, qu'il dirigeait les autres peintres (témoin O_____), qu'il travaillait sur les chantiers, qu'il amenait du matériel, dirigeait et contrôlait le travail tout en peignant avec eux (témoin C_____), qu'il gérait les équipes sur les chantiers, qu'il n'avait jamais participé aux réunions de chantier, qu'il travaillait toujours sur site et organisait le travail, qu'il œuvrait comme peintre, amenait des échantillons et du matériel, que c'était une personne de terrain qui n'avait jamais géré l'aspect administratif de la société (témoin O_____).

Ces témoignages rejoignent les déclarations du demandeur lors de l'audience de comparution personnelle du 19 décembre 2016 puisque celui-ci a expliqué qu'au début de la société il était peintre et plâtrier, qu'il avait ensuite engagé des ouvriers car il avait de gros mandats et qu'il avait toujours gardé une activité de peintre jusqu'à sa maladie en 2012, qu'il travaillait toujours en salopette, qu'il conduisait les camions, portait les bidons de peinture et peignait et que la gestion de la société lui prenait très peu de temps.

Ces témoignages rejoignent aussi le constat de l'expert F_____ selon lequel le demandeur était peintre indépendant et gérait lui-même son entreprise (expertise F_____ p. 4), celui du Dr E_____ précisant que le demandeur était artisan peintre indépendant (avis du Dr E_____ du 28 mars 2013), celui du Dr D_____

mentionnant une activité de contremaître général et peintre en bâtiment (avis du Dr D_____ du 31 janvier 2013) et celui du Dr J_____ relevant que le demandeur travaillait à son compte dans une entreprise du bâtiment (avis du Dr J_____ du 14 février 2014).

Enfin, il ressort du témoignage de M. O_____ et des procès-verbaux de réunions de chantier que le demandeur ne participait pas à celles-ci.

Le rapport de surveillance de L_____ investigation du 16 mai 2014 a constaté que le demandeur s'était déplacé en conduisant lui-même sa voiture les 28 et 30 avril, 8 et 9 mai 2014 sur divers chantiers de B_____ et s'était rendu auprès de la société, qu'il a été observé _____rue S_____ discutant avec deux ouvriers de B_____, puis, le lendemain, discutant avec un couple, deux hommes et deux ouvriers, le 8 mai discutant avec un ouvrier, le 9 mai discutant avec un ouvrier et se déplaçant ensuite jusqu'à la société Jordan peinture pour retourner ensuite au _____ rue S_____, qu'il a récupéré des documents alors qu'il était garé en face de B_____ pour se rendre ensuite dans un bâtiment de l'administration cantonale au 88-90 route de Chancy (Office cantonal de la population et des migrations – OCPM) et qu'il a parlé avec un homme et s'est ensuite rendu sur un chantier.

Contrairement à l'avis de la défenderesse, la surveillance du demandeur ne démontre pas que celui-ci a effectivement travaillé en tant que peintre dirigeant des ouvriers.

Lors de cette surveillance, le demandeur portait un pantalon de ville, une veste et une chemise mais pas un habit de peintre, ce qui tend à démontrer qu'il n'a pas effectué de travaux de peinture. Il s'est rendu sur plusieurs chantiers et a été vu discutant avec quelques personnes dont des ouvriers de B_____, ce qu'il admet. À cet égard, plusieurs témoins ont confirmé que si le demandeur s'était effectivement rendu sur plusieurs chantiers au cours de sa maladie, il n'avait plus pu assumer l'activité qu'il exerçait avant son incapacité de travail : il ressort de ces témoignages que la période fin 2012 jusqu'à l'opération de 2014 était une catastrophe en raison de la maladie de son époux (témoin A_____), que lorsque le demandeur était tombé malade, le chiffre d'affaires de la société avait chuté, qu'avec sa maladie il avait démissionné et ne s'occupait plus de rien, qu'il n'avait plus jamais peint, qu'il passait de temps en temps à l'entreprise et sur les chantiers pour boire un café et rencontrer les ouvriers, qui étaient un peu des amis (témoin C_____), que le demandeur était tombé malade et avait arrêté de travailler (témoin O_____), qu'après sa maladie le demandeur n'était plus jamais venu sur les chantiers pour travailler, qu'il passait de temps en temps pour boire un café (témoin C_____), qu'après être tombé malade, il ne pouvait plus travailler sur les chantiers et le travail de direction sur les chantiers avait été repris par les chefs d'équipe, qu'il n'œuvrait plus comme peintre depuis sa maladie et que durant sa convalescence il avait arrêté son activité de contremaître général (témoin O_____).

Compte tenu de ce qui précède il apparaît, au degré de la vraisemblance prépondérante que, depuis fin décembre 2012, le demandeur n'a plus pu œuvrer comme peintre. En revanche, il a continué, à tout le moins pendant la période litigieuse précédant son opération, soit du 11 mai au 2 juin 2014, de passer sur les chantiers pour boire un café et discuter avec les ouvriers. Il apparaît également que le demandeur a très vraisemblablement donné des consignes aux ouvriers. En effet, le rapport de surveillance du 16 mai 2014 relève que dans la journée du 29 avril 2014 le demandeur s'est rendu tôt le matin sur un chantier à Russin, sur un chantier à la Praille, sur un chantier rue du R_____, sur un chantier rue S_____, puis auprès de B_____ à trois reprises dans la journée. Au vu du déroulement de cette journée, il paraît improbable que le demandeur se soit déplacé autant de fois dans autant de lieux différents uniquement pour boire un café et parler avec les ouvriers pour se changer les idées. Il est hautement vraisemblable que le demandeur a effectué un certain suivi des travaux en cours par le biais d'instructions données aux ouvriers, voire contrôlé le travail effectué. Toutefois, même si une certaine activité professionnelle devait être imputée au demandeur, elle serait très accessoire, compte tenu des témoignages précités relevant l'engagement professionnel du demandeur avant sa maladie, et ne correspondant pas à l'essence de son métier de base de peintre, effectuant des travaux de peinture avec les ouvriers, tout en dirigeant ceux-ci, en transportant du matériel et des échantillons de peinture. Il n'y a pas lieu, dans ces conditions, de conclure à une déclaration mensongère du demandeur.

Enfin, même si, comme le relève la défenderesse, les témoins entendus sont soit des personnes de la famille du demandeur, soit des employés de B_____, la convergence de leur témoignage, leur nombre et leur crédibilité ne permet pas de douter de leur véracité. A cet égard, l'art. 157 CPC prévoit que le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées. La suspicion de partialité d'un témoin, résultant par exemple d'un lien conjugal, de parenté, d'alliance ou d'amitié avec une partie, doit être prise en considération au stade de l'appréciation du témoignage; néanmoins, la suspicion n'exclut pas d'emblée que la déposition soit tenue pour digne de foi et il incombe au juge du fait d'apprécier sa force probante (arrêt du Tribunal fédéral 4A_181/2012 du 10.9.2012). En l'occurrence, l'épouse du demandeur a expliqué, en pleurant, que la période 2012 - 2014 avait été très difficile, une « catastrophe » en raison de la maladie de son époux ; ce témoignage, crédible, concernant l'état de santé du demandeur, n'a pas de motif d'être écarté, pas plus que ceux des ouvriers peintres (MM. O_____ et C_____) attestant que le demandeur effectuait un travail de peintre, déclarations qui rejoignent celle du président et cousin du demandeur (M. C_____) ainsi que celui du conducteur de travaux (M. O_____).

Partant, les conditions pour admettre une prétention frauduleuse ne sont pas réalisées et la défenderesse n'était pas en droit de résilier le contrat d'assurance perte de gain en faveur du demandeur.

Partant, la demande reconventionnelle sera rejetée.

7. La défenderesse invoque l'art. 13.8 CGA selon lequel l'assureur rend la prestation tributaire de la condition que le cas soit annoncé aux autres assurances impliquées. Le droit aux prestations est interrompu si la personne assurée ne donne pas suite à l'injonction d'annoncer le cas. Le droit renaît une fois l'annonce faite. La durée de l'interruption est imputée sur la durée totale des prestations. La personne assurée perd en revanche son droit aux prestations si elle renonce au droit qu'elle peut faire valoir auprès de ces assurances ou qu'elle le retire.

b. En l'occurrence, la défenderesse a communiqué le 5 avril 2013 au demandeur le formulaire d'annonce à l'assurance invalidité en lui demandant de le lui retourner rempli. Or, le demandeur s'est exécuté en signant le formulaire le 23 avril 2013 et en le retournant à la défenderesse, laquelle a pu le communiquer à l'OAI le 7 mai 2013 ; ce faisant, le cas a bien été annoncé à l'OAI au sens de l'art. 13.8 CGA. La question se pose encore de savoir si, en application de cet article, le demandeur, par son manque de collaboration, a renoncé au droit qu'il peut faire valoir auprès de l'OAI, entraînant le cas échéant la perte de son droit aux prestations de la défenderesse.

À cet égard, la chambre de céans constate que l'OAI a requis du demandeur une copie du bilan et compte pertes et profits pour l'année 2013 le 15 janvier 2014 et lui a envoyé un rappel le 14 mai 2014. Sans réponse du demandeur, ce n'est que le 19 novembre 2014 que l'OAI a notifié au demandeur une sommation l'informant de son obligation de collaborer, faute de quoi une décision de non entrée en matière ou de refus de toutes prestations pourrait être prononcée. Un ultime délai au 4 décembre 2014 était imparti au demandeur pour transmettre les documents demandés. Le demandeur n'y a pas donné suite.

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

21 mai 2013 9C_1051/2012) ; or, en l'occurrence, le droit du demandeur à des prestations d'invalidité n'était pas établi au 4 décembre 2014.

8. a. Du point de vue médical, la défenderesse reconnaît l'existence d'une incapacité de travail totale du demandeur du 2 juin au 22 juillet 2014 (réponse du 16 juin 2016 p. 24). Demeure ainsi litigieuse la détermination de la capacité de travail du demandeur du 11 mai au 1^{er} juin 2014 et du 23 juillet au 4 décembre 2014.

Le demandeur fait valoir une incapacité de travail fondée sur les avis du Dr I_____ des 13 janvier et 2 juin 2014, ainsi que sur celui du 13 avril 2017 demandé par la chambre de céans.

L'avis du 13 avril 2017 du Dr I_____, qui a effectué l'intervention du 3 juin 2014, – lequel confirme notamment ses précédents certificats d'arrêt de travail (avis du Dr I_____ des 13 janvier et 2 juin 2014) – conclut à une incapacité de travail totale du demandeur dans son activité de peintre à tout le moins du 11 mai au 31 août 2014 et de 75 % du 1^{er} septembre au 4 décembre 2014 (soit une incapacité de travail constatée par lui-même jusqu'au 17 novembre 2014, date de sa dernière consultation, puis dès cette date selon les certificats du Dr D_____). Cet avis, dûment motivé, est probant. Le Dr I_____ a expliqué que le demandeur présentait avant l'intervention un rétrécissement canalaire dont les symptômes n'avaient pas pu être traités par un traitement conservateur et qui entraînait un handicap fonctionnel ; Le Dr I_____ a précisé qu'il existait chez le demandeur une corrélation anatomo clinique, les plaintes étant tout à fait compatibles avec un rétrécissement canalaire au niveau observé. Postérieurement à l'intervention du 3 juin 2014, le Dr I_____ a expliqué que l'amélioration était incomplète et la récupération postopératoire plus longue que chez un autre patient.

La défenderesse se borne à interpréter l'avis du Dr I_____ en estimant que ce médecin fait état de plaintes non objectivables ; elle s'appuie pour cela sur l'avis du Dr K_____ du 8 mai 2017 lequel constate un désaccord partiel avec le Dr I_____ relativement aux douleurs perdurantes et conteste celles-ci sur la base du rapport de surveillance du 16 mai 2014. En l'occurrence, l'avis du Dr K_____, très succinct, et établi sans examen du demandeur, n'est pas à même de remettre en cause celui clair, précis et bien étayé du Dr I_____. En particulier, la chambre de céans constate que le Dr K_____ se borne à faire référence aux images de surveillance pour considérer que l'état de santé du demandeur était asymptomatique. Cet avis n'est pas probant, de telles images – lesquelles montrent uniquement que le demandeur était apte pendant les périodes de surveillance à conduire et marcher - n'étant pas significatives pour exclure toutes douleurs et limitations dues à l'affection constatée par le Dr I_____. D'ailleurs, le demandeur n'a pas eu d'autre choix que de se soumettre à une intervention chirurgicale le 3 juin 2014, ce qu'il n'aurait très certainement pas fait si son état correspondait à celui décrit par le Dr K_____ ; le Dr K_____ n'a d'ailleurs pas examiné le demandeur et a rendu, sur dossier, trois avis médicaux très succincts (avis des 31 mars 2014, 2 et 3 juin 2016) ; l'avis du Dr K_____ n'est ainsi pas propre à mettre en doute celui du

Dr I____, lequel a suivi le demandeur durant la période litigieuse (mai à novembre 2014) et a procédé à l'intervention du 3 juin 2014. Par ailleurs, le Dr I____ a clairement expliqué que, contrairement à l'avis du Dr K____, le demandeur présentait des plaintes compatibles avec un rétrécissement canalaire, que l'évolution sous traitement conservateur avait été négative, que la récupération post-opératoire était plus longue que chez un autre patient, que la capacité de travail était nulle avant l'intervention et jusqu'au 30 août 2014, puis de 25 % dès le 1^{er} septembre 2014, conformément aux attestations du Dr D____ et que l'évolution globale après la chirurgie avait finalement été favorable. Dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre que les allégations précises du Dr I____ n'ont pas fait l'objet d'une contestation motivée de la défenderesse et sont corroborées pour la période du 11 mai au 1^{er} juin 2014 par l'indication de l'intervention chirurgicale et du 23 juillet au 4 décembre 2014 par l'avis du Dr D____, lequel a confirmé une incapacité de travail totale jusqu'au 31 août 2014 et de 75 % du 1^{er} septembre au 4 décembre 2014.

S'agissant du Dr F____, il a examiné le demandeur le 11 juin 2013, soit plusieurs mois avant la période pertinente ; son avis, selon lequel le demandeur n'était pas limité dans son activité d'administrateur qui recherche des clients, fait des visites et contrôle les chantiers (rapport F____ du 15 juillet 2013 p. 5), n'est pas contesté ; le Dr F____ a indiqué que le demandeur était administrateur salarié de son entreprise (rapport F____ p. 1). Il ne s'est en particulier pas prononcé sur une capacité de travail du demandeur en tant que peintre. Le demandeur était ainsi apte selon le Dr F____ à retravailler d'abord à 50 %, puis, en quelques semaines, à 100 %, en poursuivant la physiothérapie et en l'accompagnant éventuellement d'une médication antiphlogistique - anti douloureuse. La chambre de céans constate que le Dr F____ s'est finalement prononcé sur une capacité de travail du demandeur en tant que gérant d'une société mais non pas en tant que peintre ; dans ce sens son avis rejoint celui du Dr I____ selon lequel le handicap fonctionnel n'avait pas de conséquence sur une activité administrative de bureau (avis du Dr I____ du 13 avril 2017).

Dans ces conditions, le témoignage des Drs K____ et F____ n'est pas déterminant et il y sera renoncé, par appréciation anticipée des preuves, étant relevé que les Drs I____ et D____ ne seront pas non plus convoqués pour être entendu comme témoins.

b. Dans la prolongation de ce qui a été exposé ci-avant (consid. 6c), il convient de constater que l'activité principale du demandeur était celle d'un peintre, chef d'équipe, soit un homme de terrain et que, dans cette activité, l'incapacité de travail était totale du 11 mai au 31 août 2014 ; la part d'activité consacrée à un travail purement administratif ou relationnel avec les clients, à la recherche de mandat et la gestion des ouvriers étant limitée, il n'y a pas lieu de considérer que le demandeur a maintenu une activité déterminante au sein de l'entreprise pendant cette période ;

par ailleurs, à partir du 1^{er} septembre 2014, une telle activité a pu se dérouler dans le cadre du taux de travail de 25 % que le demandeur a pu récupérer.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que le demandeur a présenté, dans son activité de peintre, du 1^{er} mai au 31 août 2014 une incapacité de travail totale et du 1^{er} septembre au 4 décembre 2014 une incapacité de travail de 75 %.

9. Il convient encore de déterminer le montant de l'indemnité journalière due au demandeur durant la période litigieuse.

La défenderesse estime que si une incapacité de travail devait être reconnue au demandeur, elle ne pourrait porter que sur son activité de peintre, pour un revenu mensuel brut maximum de CHF 4'000.-.

Selon l'art. 6.1 CGA pour les employés, on assure le pourcentage du salaire AVS effectif figurant dans la police. Les conventions contractuelles divergentes demeurent réservées. Le dernier salaire perçu avant le début du cas assuré est déterminant pour le calcul des indemnités journalières. En cas de revenu irrégulier, on prend la moyenne depuis le début de l'engagement, toutefois au plus celle des douze derniers mois. Les augmentations de salaire qui interviennent pendant que la personne assurée touche des indemnités journalières ne sont pas prises en considération, à moins que l'augmentation ait impérativement eu lieu en vertu des dispositions d'une convention collective de travail (CCT). Le salaire annuel assuré maximal est mentionné dans la police.

Selon l'art. 21 CGA le montant de l'indemnité journalière est obtenu en calculant le salaire assuré sur toute une année et en divisant la somme salariale annuelle assurée par 365 resp. 366 dans les années bissextiles.

Le certificat de salaire 2012 du demandeur atteste d'un revenu brut de CHF 153'477.50, composé d'un revenu de CHF 133'973.30 et de CHF 19'504.20 d'indemnité pour perte de gain.

Le dernier salaire perçu avant le début du cas assuré, le 5 décembre 2012, était celui du mois de novembre 2012 de CHF 8'500.-, lequel n'est pas représentatif du revenu régulièrement réalisé par le demandeur, dès lors que celui-ci a réalisé un salaire de CHF 15'600.- en janvier, février, mars, juin, août et septembre 2012.

Conformément à l'art. 6 CGA, il convient de prendre la moyenne du revenu AVS réalisé durant les douze derniers mois soit du 1^{er} décembre 2011 au 30 novembre 2012.

Il n'y a donc pas lieu de se fonder sur un salaire de CHF 4'000.- mensuel invoqué par la défenderesse, lequel ne correspond pas aux pièces du dossier.

Selon la fiche de récapitulation par collaborateur, le revenu du demandeur a été le suivant entre décembre 2011 et novembre 2012 :

Décembre 2011	:	CHF	25'883.35
Janvier 2012	:	CHF	16'600.-

Février 2012	:	CHF	16'600.-
Mars 2012	:	CHF	16'600.-
Avril 2012	:	CHF	7'681.20
			(+CHF 5'762.60 d'indemnité maladie)
Mai 2012	:	CHF	13'741.60 (indemnité maladie)
Juin 2012	:	CHF	16'600.-
Juillet 2012	:	CHF	--
Août 2012	:	CHF	16'600.-
Septembre 2012	:	CHF	16'600.-
Octobre 2012	:	CHF	7'500.-
Novembre 2012	:	CHF	8'500.-
Total	:	CHF	168'668.75

Il convient de constater que le demandeur a amené la preuve, par la production des extraits de son compte BCGE en 2012, qu'il avait effectivement reçu à tout le moins un montant total de CHF 168'668.75 puisque les versements totalisent CHF 182'084.90, comprenant le salaire et un remboursement de frais. Il s'agit en particulier d'un montant de CHF 142'080.- versé sur son compte bancaire, comprenant également un remboursement de frais ainsi qu'un salaire net de CHF 14'121.55 (CHF 7'229.85 en octobre et CHF 6'891.70 en novembre 2012 selon attestations et pièces 41 et 42 demandeur), et un salaire de décembre 2011 de CHF 25'883.35 dont la défenderesse ne conteste pas que le demandeur l'ait effectivement reçu.

L'indemnité journalière est ainsi de :

CHF 369.684 [(80 % x CHF 168'668.75) : 365].

En conséquence, il convient d'admettre que la défenderesse est tenue d'allouer au demandeur une indemnité journalière de CHF 369.684.

Pour la période du 11 mai au 31 août 2014 durant laquelle l'incapacité de travail était totale, l'indemnité est de CHF 369.684 x 113 jours = CHF 41'774.30.

Pour la période du 1^{er} septembre au 4 décembre 2014 durant laquelle l'incapacité de travail était de 75 %, l'indemnité est de CHF 277.263 (75 % de CHF 369.684) x 95 jours = CHF 26'340.-.

Soit un total de CHF 68'114.30.

Au surplus, le demandeur ne requiert pas le paiement d'intérêts moratoires.

10. Partant, la demande sera partiellement admise et la défenderesse condamnée à verser au demandeur CHF 68'114.30.

11. Les cantons sont compétents pour fixer le tarif des frais comprenant le défraiement d'un représentant professionnel (art. 96 CPC en relation avec l'art. 95 al. 3 let. b CPC) ; selon l'art. 20 al. 1 de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 (LaCC – E 1 05) dans les contestations portant sur des affaires pécuniaires, le défraiement d'un représentant professionnel est, en règle générale, proportionnel à la valeur litigieuse. Il est fixé, dans les limites figurant dans un règlement du Conseil d'Etat, d'après l'importance de la cause, ses difficultés, l'ampleur du travail et le temps employé. A Genève, le règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RTFMC - E 1 05.10) détermine notamment le tarif des dépens, applicable aux affaires civiles contentieuses (art. 1 RTFMC).

Selon l'art. 94 CPC lorsque la demande principale et la demande reconventionnelle s'opposent, la valeur litigieuse se détermine d'après la prétention la plus élevée (al. 1). Lorsque les demandes reconventionnelle et principale ne s'excluent pas, leurs valeurs litigieuses respectives sont additionnées pour déterminer les frais (al. 2).

La demande principale et la demande reconventionnelle s'excluent lorsque l'admission de l'une implique nécessairement le rejet de l'autre (ATF 118 II 51).

Tel étant le cas en l'espèce, la valeur litigieuse est déterminée d'après la prétention la plus élevée, laquelle est celle relative à la demande reconventionnelle qui porte sur un montant de CHF 130'447.60, puisque celle relative à la demande principale porte sur un montant de CHF 81'895.25 (art. 91 al. 1 CPC).

Le demandeur étant représenté par un conseil et obtenant partiellement gain de cause, la défenderesse est condamnée à lui verser une indemnité de CHF 13'745.- à titre de dépens soit :

$$\text{CHF } 9'700.- + \text{CHF } 3'026.85.- [6 \% \times (\text{CHF } 130'447.60 - \text{CHF } 80'000.-)] = \text{CHF } 12'726.85$$
 ; il convient d'ajouter à ce montant la TVA de CHF 1'018.14, de sorte que le montant total est de CHF 13'744.95, arrondi à CHF 13'745.-, TVA et débours inclus (art. 26 al. 1 LaCC ; art. 84 et 85 RTFMC).

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 114 let. e CPC et art. 22 al. 3 let. a LaCC).

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare la demande et la demande reconventionnelle recevables.

Au fond :

2. Rejette la demande reconventionnelle.
3. Admet partiellement la demande.
4. Condamne la défenderesse à verser au demandeur CHF 68'114.30.
5. Condamne la défenderesse à verser au demandeur une indemnité de CHF 13'745.-.
6. Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile (Tribunal fédéral suisse, avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14). Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du 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