

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2164/2011

ATAS/566/2018

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 21 juin 2018

3^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENÈVE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Andres PEREZ

demandeur
principal/
défendeur
reconventionnel

contre

ZURICH COMPAGNIE D'ASSURANCES SA, sise
Mythenquai 2, ZURICH, comparant avec élection de domicile
en l'étude de Maître Pierre GABUS

défenderesse
principale/
demanderesse
reconventionnelle

**Siégeant : Karine STECK, Présidente ; Michael BIOT et Claudiane CORTHAY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré), né le _____ 1952, était associé gérant et employé par la société fiduciaire B_____ Sàrl, sise à Genève, et, à ce titre, assuré contre la perte de gain maladie auprès de Zurich Compagnie d'assurance SA (ci-après : l'assurance ; police n° 1_____).

Il avait également conclu avec Zurich Compagnie d'assurance sur la Vie SA un contrat d'assurance-vie (police n° 2_____), lequel prévoyait notamment des prestations en cas d'incapacité de gain.

2. À compter du 1^{er} septembre 2010, l'assuré a été incapable de travailler, à 50% en septembre 2010 puis, dès le 1^{er} octobre 2010, à 100%, en raison des atteintes suivantes : surmenage se manifestant notamment par des troubles hypochondriaques, importante diminution de la tolérance à l'effort physique et réduction de l'attention, meralgie paresthésique, scoliose (cervico-dorsale à convexité droite ; M41) et prolapsus du vitré (cf. rapports du 26 novembre 2010 et certificat du 11 février 2011 de la doctoresse C_____, spécialiste FMH en médecine interne générale, pharmacologie et toxicologie cliniques). Un épuisement psychique et physique s'était instauré dans un contexte de stress professionnel aigu. Les symptômes étaient les suivants : troubles de la concentration, labilité émotionnelle, anxiété, épigastalgies, douleurs majorées du système ostéo-articulaire et nerveux (rapports de la Dresse C_____ du 26 novembre 2010).
3. Les suites de cette incapacité de travail ont été prises en charge par l'assurance.
4. Dans un courrier du 14 janvier 2011 adressé à la Dresse C_____, le docteur D_____, spécialiste FMH en médecine interne et endocrinologie, a fait état d'un problème de prostatisme et émis l'avis que l'assuré n'avait par ailleurs pas encore les ressources psychiques pour reprendre son activité - astreignante - d'indépendant, même à 50%.
5. Dès le 20 janvier 2011, l'assuré a été suivi par la doctoresse E_____, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie.
6. À la demande de l'assurance, l'assuré a été examiné le 8 février 2011 par le docteur F_____, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie.

Ce dernier, dans son rapport du 11 février 2011, a retenu les diagnostics suivants : trouble de l'adaptation, avec réaction mixte anxieuse et dépressive (F 43.22), syndrome douloureux somatoforme persistant non invalidant (F 45.4) - sous réserve de la découverte d'une pathologie sous-jacente, étant précisé que, dans un tel cas, le diagnostic de facteurs psychologiques ou comportementaux associés à des troubles ou des maladies classées ailleurs (F54) devrait être retenu -, dépendance ponctuelle

aux benzodiazépines (F13.26), difficultés liées à l'emploi et au chômage (Z56) et traits de personnalité paranoïaque.

Le Dr F_____ a considéré qu'en dépit des diagnostics retenus, on ne pouvait conclure à une invalidité d'un point de vue psychique, puisqu'il n'y avait de répercussion significative ni sur les activités de la vie quotidienne et du ménage, ni sur la vie sociale ou les activités nécessitant concentration. Cela étant, en tenant compte du déconditionnement de l'assuré et afin de laisser suffisamment de temps pour exclure une pathologie somatique invalidante, le Dr F_____ a admis une capacité de travail de 50% du 1^{er} au 30 septembre 2010, de 0% du 1^{er} octobre 2010 au 1^{er} mars 2011, 50% du 2 au 15 mars 2011 et de 100% dès le 16 mars 2011.

Enfin, le médecin a relevé que la Dresse E_____, avec qui il avait eu un bref échange téléphonique, partageait l'avis qu'une expertise de médecine générale ou un deuxième avis somatique était nécessaire pour répondre aux inquiétudes de l'expertisé par rapport à ses éventuels « problèmes somatiques invalidants ».

7. Le 11 février 2011, la Dresse C_____ a attesté d'une totale incapacité de travail jusqu'au 14 mars 2011, une reprise à 20% étant envisageable dès le 15 mars 2011, la capacité de travail devant toutefois être réévaluée deux semaines plus tard.
8. Par courrier du 17 février 2011, l'assurance a informé l'assuré qu'elle lui reconnaissait une incapacité de travail de 100% jusqu'au 28 février 2011, puis de 50% jusqu'au 15 mars 2011, date à laquelle il serait mis fin aux prestations.
9. Le 1^{er} mars 2011, le docteur G_____, spécialiste FMH en rhumatologie, médecine physique et réhabilitation, a indiqué que l'assuré était connu depuis son adolescence pour une maladie de Scheuermann ayant provoqué des dorsalgies de longue date, qui s'étaient amplifiées au cours des cinq à six années précédentes. Désormais, l'assuré se plaignait de dorsalgies chroniques, amplifiées en position assise principalement (travail de bureau et sur ordinateur) : après 30 à 40 minutes dans cette posture, les douleurs devenaient rapidement insupportables ; même de manière fractionnée, l'assuré ne pouvait travailler plus de quatre heures cumulées en position assise. Le médecin en tirait la conclusion que la capacité de travail était réduite à 50%.

Les radiographies de la colonne cervicale et dorsale montraient une cyphose scoliosolombaire avec des troubles dégénératifs étagés de la colonne cervicale basse et dorsale haute.

10. Le 7 mars 2011, la Dresse E_____ a attesté d'une incapacité de travail de 50% du 7 au 31 mars 2011.
11. Quant au Dr D_____, il a attesté, le 9 mars 2011, d'une totale incapacité de travail pour une durée de trois semaines.
12. Par courrier du 17 mars 2011, l'assurance a informé l'assuré qu'elle considérait que ni le rapport du Dr D_____, ni celui du Dr G_____ n'apportaient d'éléments nouveaux et objectifs susceptibles de la faire changer d'avis : selon elle, l'assuré

pouvait reprendre son activité, puisque celle-ci, légère, lui permettait de changer de position. L'assurance a cependant accepté de prolonger le versement des prestations à hauteur de 50% jusqu'au 20 mars 2011.

13. Le 18 mars 2011, la fiduciaire de l'assuré a informé l'assurance « qu'elle s'opposait à sa décision » en raison de l'état psychique de son mandant. Elle s'étonnait en outre qu'aucune expertise somatique n'ait été effectuée, comme cela avait pourtant été suggéré par le Dr F_____.
14. Le 21 mars 2011, la Dresse E_____ a attesté d'une décompensation anxio-dépressive de son patient dans un contexte de douleurs chroniques d'origine somatique et de facteurs de stress professionnel.

L'aggravation de l'état psychique de l'assuré remontait à deux semaines : l'intéressé souffrait d'une agitation psychomotrice d'origine anxieuse avec blénopharospasmes, d'importantes difficultés de concentration subjectives et objectivables, de troubles du sommeil (réveils nocturnes fréquents), d'une hyperphagie anxieuse responsable d'une prise de poids manifeste et, enfin, d'une tristesse envahissante quotidienne s'accompagnant d'idéations suicidaires. Le médecin concluait à une totale incapacité de travail à compter du 21 mars 2011.
15. Le 24 mars 2011, l'assurance a adressé à l'assuré son dernier décompte de prestations.
16. Par courrier du 6 avril 2011, l'assuré a contesté tant le contenu que la validité du rapport du Dr F_____. Il reprochait à ce dernier d'avoir été unilatéralement mandaté par l'assurance et de tirer des conclusions diamétralement opposées à celles de ses médecins traitants. Il demandait la mise sur pied d'une expertise à laquelle il entendait participer (choix de l'expert et des questions) et la poursuite du versement des indemnités journalières jusqu'aux résultats de l'expertise en question.
17. L'assurance a rejeté la demande de l'assuré par courrier du 14 avril 2011. Selon elle, l'expertise du Dr F_____ - dûment documentée et motivée - pouvait se voir reconnaître pleine valeur probante. Au demeurant, l'assuré ne précisait pas en quoi il en contestait le contenu. L'assurance a par ailleurs reproché à l'assuré de n'avoir pas tenté de reprendre son activité professionnelle, fût-ce à temps partiel.
18. Le 20 avril 2011, la Dresse E_____ a attesté d'une totale incapacité de travail depuis le 21 mars 2011, pour une durée probable d'un mois.
19. En date du 22 avril 2011, l'assuré a déposé une demande de prestations auprès de l'office de l'assurance-invalidité de Genève (OAI) en invoquant une dépression et des problèmes dorsaux.
20. Le Dr G_____ a quant à lui attesté d'une totale incapacité de travail du 3 mai au 31 août 2011 (cf. certificats des 3 mai, 10 et 24 juin 2011).

21. À la demande du Dr G____, l'assuré a été examiné par le docteur H____, médecin-chef dans le service de chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil moteur des Hôpitaux universitaires de Genève (HUG), qui a indiqué, dans un rapport du 10 juin 2011 que certaines des douleurs dont se plaignait le patient (aux niveaux du rachis, de la nuque, des bras, du dos, de la face antérieure du thorax, de la patte d'oie et des talons) étaient de type fibromyalgique. L'état dépressif, le sentiment de burn-out, la limitation d'activité progressive, l'augmentation des douleurs et le fait que tous les points de pression soient douloureux étaient compatibles avec cette maladie.
22. La doctoresse I____, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, nouveau psychiatre traitant, a attesté d'une totale incapacité de travail jusqu'au 31 juillet, puis jusqu'au 31 août 2011.
23. Le 14 juillet 2011, l'assuré (ci-après : le demandeur) a saisi la Cour de céans d'une demande en paiement de CHF 56'416.92, correspondant aux indemnités journalières réclamées à l'assurance (ci-après : la défenderesse) pour les mois de mars à juillet 2011. Préalablement, il a sollicité la mise sur pied d'une expertise médicale.

À l'appui de ses conclusions, le demandeur a notamment contesté la valeur probante du rapport du Dr F____, auquel il a reproché de n'avoir pas tenu compte de ses douleurs somatiques et d'avoir fait état d'une amélioration de son état de santé qui ne s'est jamais concrétisée. Il a rappelé que ses conclusions étaient contredites par celles des Drs E____, J____ et G____. Le demandeur a contesté être en mesure d'exercer la moindre activité professionnelle.

24. Invitée à se déterminer, la défenderesse a conclu au rejet de la demande, en contestant notamment la crédibilité et l'objectivité des rapports de la Dresse J____ C____. Quant au rapport du Dr D____ du 14 janvier 2011, il ne contenait aucun diagnostic, à l'exception d'une allusion à un « problème de prostatisme ». Les dorsalgies relevées par le Dr G____ étaient pour la première fois mises en rapport avec une incapacité de travail à 50%, alors qu'elles existaient depuis longtemps. Au surplus, les médecins-traitants n'étaient pas unanimes quant à la capacité de travail de l'assuré. En revanche, le rapport du Dr F____ respectait les exigences jurisprudentielles en matière de valeur probante. Cela étant, la défenderesse ne s'opposait pas à la mise sur pied d'une nouvelle expertise.
25. Par écriture du 26 octobre 2011, le demandeur a répliqué et amplifié sa demande en concluant au paiement de CHF 36'298.- supplémentaires, correspondant aux indemnités journalières des mois d'août à octobre 2011.

Il a relevé qu'à l'exception du Dr F____, tous les médecins avaient conclu à une incapacité de travail, non seulement ceux déjà cités mais aussi, depuis septembre 2011, le docteur K____, spécialiste FMH en médecine interne générale et en rhumatologie, et la doctoresse L____, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, qui avait repris le suivi psychiatrique.

26. Le 1^{er} novembre 2011, le demandeur a encore produit un rapport de la Dresse L____, daté du 6 octobre 2011, concluant à un état dépressif sévère (F32.2), se manifestant par les symptômes suivants : tristesse marquée, épuisement physique et psychique, ruminations, anhédonie nette, apragmatisme, retrait social important, sentiments de dévalorisation et de désespoir associés à des idées suicidaires, troubles du sommeil (troubles de l'endormissement et réveils fréquents), perte d'appétit (perte pondérale de 5kg), troubles de la concentration et de la mémoire, anxiété dans les endroits clos. Le médecin a également cité nombre de problèmes physiques : syndrome du côlon irritable, névralgies paresthésiques, dorsalgies chroniques, prolapsus du vitré en 2010, hypertrophie de la prostate, hypertension artérielle et hypercholestérolémie.

Selon la Dresse L____, l'incapacité de travail était totale, aucune activité professionnelle n'étant envisageable en raison de l'asthénie, de troubles cognitifs importants (ruminations, troubles de la concentration et de la mémoire) et du retrait social. Le demandeur n'arrivait notamment pas à entrer en contact. Des sentiments de dévalorisation et de manque de confiance en soi aggravaient encore la situation.

27. Le 25 novembre 2011, la défenderesse a persisté dans ses allégués et conclusions.

Pour le surplus, elle a relevé que le demandeur avait déposé une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité, dont l'instruction - encore en cours - avait, entre autres, permis de recueillir :

- un rapport établi par le Dr D____ en date du 13 mai 2011, dans lequel ce médecin a notamment posé les diagnostics avec effet sur la capacité de travail de douleurs dorso-lombaires chroniques sur troubles dégénératifs étagés cervicaux et lombaires et de dépression de degré majeur (burn-out) dans un contexte de troubles de la personnalité existant de façon massive depuis fin 2010 - début 2011, l'assuré ayant déjà souffert de manifestations anxieuses et dépressives majeures en 1994 ; à titre de diagnostics sans répercussions sur la capacité de travail, le médecin précité a retenu ceux de prostatisme depuis deux ans, hypertension artérielle traitée et hypercholestérolémie ; en raison de ces atteintes, l'assuré était totalement incapable de travailler depuis le 16 mars 2011 ; les limitations étaient d'ordre psychiques, les symptômes somatiques n'étant pas en soi une limitation fonctionnelle pour le métier de l'assuré, celle-ci étant essentiellement intellectuelle et de bureau ; toutefois, en raison d'une capacité d'introspection relativement limitée due à son trouble de la personnalité, les symptômes somatiques étaient prédominants ; selon le Dr D____, l'assuré souffrait d'une pathologie de type psychique à tout le moins depuis 1994, année depuis laquelle il le suivait ; à cette époque déjà, le médecin avait observé une symptomatologie relativement similaire (idéation dépressive, ruminations, phénomène anxieux, troubles de la personnalité, troubles du sommeil, voire quelques idées de « concernement », avec des traits paranoïdes) ;
- selon le rapport de la Dresse E____ établi le 15 juin 2011 à l'attention de l'OAI, les diagnostics étaient ceux de trouble anxieux et dépressif mixte (F41.2), existant depuis septembre 2010 (avec répercussion sur la capacité de travail) et de troubles mixtes de la personnalité existant depuis l'adolescence (sans répercussion sur la capacité de travail) ; le

pronostic était mauvais étant donné que l'assuré était convaincu qu'il ne pouvait plus travailler et que le syndrome douloureux était mal maîtrisé malgré un traitement antidépresseur, antalgique et physiothérapeutique ; la capacité de travail était alors de 50%, le rendement étant notamment réduit en raison de troubles de la concentration ; les troubles mixtes existaient depuis l'adolescence et la pathologie psychique semblait trouver ses racines dans l'adolescence de l'assuré ; selon ce médecin, le conflit asséurologique renforçait l'assuré dans la position de malade et victime.

28. Par écriture du 19 décembre 2011, le demandeur a persisté dans ses conclusions.
29. Le 22 août 2012, Cour de céans a informé les parties de son intention de mettre en œuvre une expertise et leur a communiqué les questions qu'elle entendait poser aux experts pressentis, en leur impartissant un délai pour se prononcer et faire valoir d'éventuels motifs de récusation.
30. Le demandeur n'a fait valoir aucun motif de récusation, mais a émis quelques remarques s'agissant des questions, dont il a proposé de reformuler certaines, avant d'amplifier ses conclusions, portant le montant total réclamé à CHF 214'618.90.
31. Pour sa part, la défenderesse a indiqué n'avoir ni motif de récusation à faire valoir, ni remarque à formuler au sujet des questions envisagées.
32. Le 24 septembre 2012, le demandeur a confirmé l'amplification de ses conclusions et produit des certificats émis par la Dresse L_____ concernant la période du 1^{er} février au 31 août 2012.
33. Par courrier du 2 novembre 2012, la défenderesse a sollicité la suspension de l'instruction de la cause au motif que le Service médical régional de l'assurance-invalidité (SMR) s'apprêtait à mettre sur pied une expertise.
34. Le demandeur s'est opposé à la suspension demandée en faisant valoir que les objectifs de l'assurance-invalidité ne correspondaient pas à ceux de l'assurance perte de gain. Pour le reste, il a encore corrigé le montant réclamé, le portant à CHF 228'817.60.
35. Par ordonnance du 16 novembre 2012 (ATAS/1381/2012), la Cour de céans a ordonné une expertise, pour laquelle elle a mandaté la Policlinique médicale universitaire de Lausanne (PMU), plus particulièrement les docteurs M_____, médecin interniste, N_____, rhumatologue, et O_____, psychiatre.

Dans son ordonnance, la Cour de céans a notamment relevé, s'agissant du rapport du Dr F_____, que ni le nom de l'expert, ni le libellé des questions n'avaient été préalablement soumis au demandeur, lequel n'avait pu se déterminer, de sorte que le rapport du Dr F_____ ne pouvait être qualifié d'expertise au sens strict du terme. S'il répondait certes à plusieurs des exigences posées en matière de valeur probante (étude circonstanciée des points litigieux, examens complets, prise en considération des plaintes exprimées, pleine connaissance de l'anamnèse, description du contexte médical et appréciation de la situation médicale claires), il comportait néanmoins certaines lacunes ou incohérences : le Dr F_____ avait notamment subordonné le

diagnostic de trouble somatoforme douloureux à l'inexistence d'une atteinte somatique, pour laquelle il avait suggéré la réalisation d'une expertise complémentaire ; par conséquent, même si ledit diagnostic avait été considéré comme non invalidant, il ne pouvait être exclu qu'il en aille différemment si une atteinte somatique incapacitante avait été mise en évidence ; en outre, le Dr F_____ s'était à plusieurs reprises référé à la notion d'invalidité (« trouble somatoforme douloureux non invalidant » ; « aucune invalidité ne peut être retenue »), alors que le litige relevait de l'assurance perte de gain, pour laquelle une incapacité de travail aurait suffi pour reconnaître un droit aux prestations. Dans ces conditions, on pouvait légitimement se demander si le médecin s'était prononcé sur l'existence d'une incapacité de travail ou d'une incapacité de gain durable, justifiant une invalidité.

La Cour de céans a en outre constaté que, postérieurement au rapport du Dr F_____, les médecins traitants du demandeur avaient fait état d'une incapacité de travail : sur le plan somatique, le Dr G_____, rhumatologue, avait conclu à une incapacité de gain de 50% en raison de dorsalgies chroniques, consécutives à une cyphose scolios dorsolombaire avec des troubles dégénératifs étagés de la colonne cervicale basse et dorsale haute et, sur le plan psychique, la Dresse E_____, psychiatre, avait constaté, le 21 mars 2011, une péjoration de l'état du demandeur conduisant à une totale incapacité de travail. Malgré cela, l'assurance n'avait procédé à aucune investigation supplémentaire.

36. Par courrier du 27 novembre 2012, la PMU a indiqué à la Cour de céans qu'elle serait en mesure de débiter l'expertise le 19 février 2013 et de lui adresser ses conclusions en mai 2013.
37. Le 10 décembre 2012, l'OAI a adressé au demandeur un projet de décision, dont il ressortait qu'il se proposait de lui reconnaître le droit à une rente entière d'invalidité.
38. Par courrier commun du 4 février 2013, les parties ont sollicité la suspension de la procédure et, en particulier, l'annulation du rendez-vous fixé par la PMU en vue de l'expertise, demande à laquelle il a été donné suite.
39. Par décision formelle du 7 mars 2013, l'OAI a mis le demandeur au bénéfice d'une rente entière à compter du 1^{er} octobre 2011.
40. Par courrier du 22 avril 2013, la défenderesse a informé la Cour de céans que des « faits nouveaux importants » avaient été récemment portés à sa connaissance, notamment des courriers et une convention qui établiraient que l'incapacité de travail du demandeur ne serait pas avérée. Elle sollicitait un délai pour compléter ses écritures et déposer une demande reconventionnelle.
41. Par écriture du 24 mai 2013, la défenderesse a produit plusieurs courriels émanant du demandeur, ainsi qu'une convention signée avec sa fille, dont elle a tiré la conclusion que l'intéressé n'avait jamais cessé de travailler au sein de sa fiduciaire et qu'il en était également resté le détenteur économique.

La défenderesse a indiqué avoir déposé plainte pénale à l'encontre du demandeur pour escroquerie et tentative d'escroquerie en date du 23 mai 2013 et conclu à ce qu'il soit débouté de toutes ses conclusions, avec suite de frais et dépens, se réservant par ailleurs le droit de requérir ultérieurement la restitution des indemnités journalières payées à tort.

En annexe à cette écriture ont été produits, entre autres :

- un courriel adressé par l'assuré à sa fille en date du 21 avril 2011, dans lequel il écrivait, notamment : « je suis présentement au bureau car je dois quand même contrôler les déclarations d'impôt que ta mère a saisies » ;
- un courriel daté du 21 septembre 2011, dans lequel le demandeur écrit « ce nouveau médicament fait de moi un véritable légume. Je n'ai plus de force, plus d'énergie. Je dois encore terminer 7 déclarations d'impôt mais ce travail représente un véritable supplice. (...) J'oublie beaucoup de choses. Par exemple ce matin, je ne parvenais plus à retrouver les clients 2009 dans l'ancien programme « fiscalité ». Il m'a fallu près de 15 minutes pour trouver la solution. Le rhumatologue (sic) m'a prescrit de la physio en piscine mais je n'ai pas encore eu la force de téléphoner pour un rdv. Je ne veux plus voir quiconque. (...). Ensuite, je retournerai au bureau pour tenter de faire une ou deux déclarations d'impôt car nous sommes bientôt au 30 septembre, délai final » ;
- un courriel de l'assuré daté du 28 novembre 2011, dans lequel il explique : « la bonne nouvelle, c'est que je n'aurai plus besoin de venir travailler au bureau le soir ou le week-end. Je vais commander à Bluewin une adresse IP fixe. Ensuite M. P_____ fera des réglages dans le serveur je pourrai travailler à la maison comme si j'étais au bureau (...). Et tiens-toi bien, on va aussi paramétrer mon portable et également en Thaïlande ce sera la même chose. Ainsi dans le futur, je pourrai sans problèmes contrôler les déclarations d'impôt depuis Bangkok. C'est ça le progrès. En conclusion, la Zurich peut faire tout ce qu'elle veut pour me coincer au bureau. Je ne me fais maintenant plus de soucis... » ;
- une convention signée entre le demandeur et sa fille, datée du 28 avril 2011, prévoyant notamment que « suite aux nombreux problèmes de santé de Monsieur A_____ ainsi qu'à ses différents (*recte* différends) avec son assureur qui le prive de tout revenu bien qu'il soit en incapacité de travail de 100%, il est décidé » que la fiduciaire deviendrait la propriété de la fille du demandeur, administratrice avec signature individuelle, le demandeur lui cédant l'intégralité de ses parts (19, de CHF 1'000.- chacune) et devenant fondé de pouvoir avec signature individuelle, simple salarié ;
- un courriel du demandeur du 19 juin 2012, adressé à sa fille, mentionnant notamment : « je travaille comme un dingue depuis le début de l'année. Grâce à la campagne 'Google', j'ai quasiment réussi à compenser tous les clients qui ne sont pas revenus si bien que nous devrions avoir le même nombre de clients que l'année dernière, un peu plus. (...) J'ai aussi appris que tu as demandé à ta mère de me surveiller. Je te rappelle que lorsque je t'ai remis la fiduciaire, nous avons signé un document comme quoi c'était moi qui gérait la fiduciaire. Si cette fiduciaire était mal gérée comme l'affirme ta mère, elle aurait à ce jour beaucoup de poursuites. Or, ce n'est pas le cas et depuis que je m'occupe de B_____, nous n'avons jamais eu une seule poursuite » ;

-
- un courrier de la fille du demandeur, adressé le 26 novembre 2012 au conseil de celui-ci, rédigé en ces termes : « c'est tout de même incroyable que pour le sauver de la faillite afin qu'il touche de l'argent de l'Hospice Général, j'ai accepté de reprendre la fiduciaire et qu'après il s'auto déclare directeur général et qu'il vide la caisse tous les jours, mon employée est témoin ».

42. Par écriture du 27 juin 2013, le demandeur a persisté dans ses conclusions contestant, en substance, avoir recouvré une quelconque capacité de travail et avoir tiré le moindre revenu de sa fiduciaire.

Selon lui, sa fille a agi « par esprit de vengeance », alors même qu'en juillet 2011, elle avait confirmé que son père lui avait remis sa fiduciaire pour raisons de santé et qu'il était privé de tout revenu depuis mars 2011.

Le demandeur rappelle que son incapacité de travail a été corroborée par de nombreux rapports médicaux. La convention établie sous seing privé le 28 avril 2011 est restée sans effet car elle a été remplacée, le 26 mai 2011, par un contrat de donation ne prévoyant aucun usufruit. Au demeurant, aucun revenu en sa faveur n'apparaît dans les comptes de la société, comme cela ressort des déclarations de salaires 2011 et 2012.

Il ajoute que s'il avait vraiment continué à travailler pour la société, le chiffre d'affaires n'aurait pas drastiquement diminué entre 2010 et 2011. Cette baisse est en réalité due au fait que sa fille n'a jamais travaillé au sein de la société et qu'elle a continué à employer sa mère, laquelle n'a aucune connaissance en matière comptable. La gestion de l'entreprise est ainsi devenue catastrophique depuis le départ du demandeur.

À l'appui de ses dires, le demandeur produit notamment :

- un rapport établi le 21 juin 2013 par la Dresse L_____, relatant que « durant le suivi, Monsieur A_____ s'est plaint à plusieurs reprises de subir une grande pression de la part de son ex-épouse qui le harcelait par téléphone et par des messages électroniques afin de pallier à ses incompétences dans la gestion de la fiduciaire B_____. Dans ce contexte, Monsieur A_____ a été également très atteint et malmené par sa fille dépressive, ainsi que par les menaces de suicide de cette dernière qui lui étaient rapportées par sa mère (...). Cette situation très pesante et les menaces répétitives ont contribué à l'état d'épuisement de Monsieur A_____ et ont aggravé son état dépressif, d'autant plus que Monsieur A_____ était contraint de répondre aux sollicitations de son ex-épouse alors qu'il ne disposait plus de ses capacités psychiques habituelles » ; la Dresse L_____ ajoutait que l'exercice d'une activité accessoire de quelques heures par année et sous la contrainte ne changeait pas son appréciation quant à la capacité de travail de son patient ;
- un rapport du Dr D_____ du 10 juin 2013, dans lequel ce médecin dit avoir la conviction que l'assuré n'est plus à même de garantir, depuis mars 2011 au moins, un revenu économique équivalent à ce qui était le sien jusqu'alors ; selon lui, l'état psychique de son patient reste préoccupant.

43. Par écriture du 14 août 2013, la défenderesse a demandé la suspension de la cause jusqu'à droit connu dans la procédure pénale P/1_____/2013, ouverte suite à sa plainte pénale du 23 mai 2013 et, quant au fond, le déboutement du demandeur.

44. Le 20 septembre 2013, le demandeur a persisté dans ses conclusions et indiqué avoir été entendu par la police le 12 septembre.

45. Une audience s'est tenue en date du 31 octobre 2013.

À cette occasion, le demandeur a confirmé avoir été auditionné par la Brigade financière et être sans nouvelles de la procédure pénale depuis lors.

Il a également précisé avoir été examiné à deux reprises par les médecins du SMR dans le cadre de sa demande de rente d'invalidité.

Enfin, il a produit deux attestations faisant état d'une détérioration de son état de santé, suite aux tracas causés notamment par sa fille et son ex-épouse. Il a protesté de son honnêteté, affirmant n'avoir jamais touché un centime de la fiduciaire durant son incapacité de travail. Il a expliqué l'attitude de sa fille par l'influence de son ex-épouse, d'une part, par le fait qu'elles lui doivent de l'argent, d'autre part. Sa fille est dépressive. Quant à son épouse, elle l'a menacé de « lui faire la peau » si leur fille, à défaut d'aide financière de sa part, venait à se suicider.

Le demandeur a précisé avoir fait un pacte successoral en faveur de sa fille, aux termes duquel la seule chose qui devrait lui revenir est la société.

Pour sa part, la défenderesse a persisté dans sa demande de suspension de la procédure jusqu'à l'issue de celle ouverte au pénal, ce à quoi le demandeur s'est opposé.

46. À l'issue de cette audience, l'apport du dossier de l'OAI a été ordonné, ainsi que la suspension de la procédure dans l'attente de l'issue de celle ouverte au pénal (arrêté incident du 14 novembre 2013 ; ATAS/1119/2013).

47. Le 6 décembre 2013, l'OAI a transmis à la Cour de céans le dossier de l'assuré, comportant notamment les pièces suivantes :

- un rapport du 24 mai 2011 destiné à l'OAI, dans lequel le Dr G_____ retient les diagnostics invalidants de cervico-dorsalgies sur troubles statiques (cyphose – scoliose marquées) et dégénératifs et de probable état dépressif, en précisant que leur association rend le pronostic défavorable ; selon lui, l'activité habituelle ne pouvait alors être exercée à plus de 40 à 50% ;
- le rapport destiné à l'OAI établi par la Dre L_____ le 9 janvier 2012, dans lequel ce médecin retient les diagnostics d'épisode dépressif sévère sans symptômes psychotiques, existant depuis 2010 et de claustrophobie, avec totale incapacité de travail depuis le 1^{er} octobre 2010 en raison de l'asthénie marquée, de troubles cognitifs importants (ruminations, troubles de la concentration et de la mémoire) ainsi que du retrait social - l'assuré n'arrivant pas à affronter les contacts ;
- le rapport à l'OAI établi le 15 mars 2012 par le Dr K_____, dans lequel ce dernier conclut à une cypho-scoliose dorso-lombaire, des cervicalgies et un état dépressif chroniques ; ce médecin

confirme une totale incapacité de travail depuis le 1^{er} octobre 2010 en raison d'une fatigue générale, de douleurs diffuses au moindre effort et de troubles du sommeil dû à l'état dépressif ;

- le rapport d'examen rhumatologique et psychiatrique, daté du 9 novembre 2012, établi par les docteurs C_____, spécialiste FMH en médecine interne et rhumatologie, et D_____, spécialiste FMH en psychiatrie, médecins auprès du SMR, retenant à titre de diagnostics avec répercussion durable sur la capacité de travail : un trouble dépressif récurrent, épisode actuel sévère, sans symptômes psychotiques (F33.2) et des rachialgies diffuses dans le cadre d'une cyphoscoliose dorsale et de troubles dégénératifs modérés du rachis avec séquelles de maladie de Scheuermann et status après tassement du plateau supérieur gauche de D5 anamnestique (M54) ; à titre de diagnostics sans répercussion sur la capacité de travail, les médecins précités ont mentionné un syndrome rotulien bilatéral (M22.2), un côlon irritable anamnestique, un status après opération de la cloison nasale, des lithiases rénales anamnestiques et un status après colique néphrétique, un status après décollement du vitré droit, une hypertrophie de la prostate, une hypertension artérielle traitée, une hypercholestérolémie traitée, une claustrophobie (F40.2) et une anxiété généralisée (F41.1) ; selon les médecins du SMR, l'assuré a été incapable de travailler à 50% dans toute activité du 1^{er} au 30 septembre 2010 et à 100% dans toute activité depuis le 1^{er} octobre 2010 ; les limitations fonctionnelles du point de vue du rachis étaient les suivantes : nécessité de pouvoir alterner une à deux fois par heure les positions assise et debout, d'éviter le soulèvement régulier de charges d'un poids excédant 5 kg, le port régulier de charges d'un poids excédant 8 kg, le travail en porte-à-faux statique prolongé du tronc et l'exposition prolongée à des vibrations ; sur le plan psychiatrique, les limitations fonctionnelles résultaient du diagnostic retenu (abaissement sévère de l'humeur, quasi-disparition de l'intérêt et du plaisir, importante réduction de l'énergie, troubles de la concentration et de l'attention, effondrement de l'estime de soi et idéation suicidaire obsédante et scénarisée) ;
- le questionnaire pour la révision de rente rempli par l'assuré le 1^{er} septembre 2013, mentionnant une aggravation (péjoration de sa dépression, apparition de vertiges et perte de poids importante [17 kg depuis le 1^{er} septembre 2010]), accompagné d'une attestation de la Dresse L_____, datée du 2 septembre 2013, confirmant cette aggravation sur les plans psychique et physique ;
- le rapport intermédiaire à l'attention de l'OAI établi par le Dr D_____ en date du 20 septembre 2013, dans lequel ce médecin confirme l'aggravation de l'état de santé de l'assuré, sans changement de diagnostics ; le médecin explique que suite à des difficultés financières importantes et à la problématique impliquant sa fille, les problèmes anxieux de l'assuré s'étaient encore péjorés ; les tracasseries administratives associées au climat de suspicion à son égard (non-reconnaissance de son incapacité de travail par l'assureur perte de gain) constituaient un facteur aggravant.

48. Par ordonnance du 4 novembre 2016, le Ministère public a classé la procédure P/1_____/2013.

Après audition du demandeur, de son épouse actuelle, de son ex-épouse, de sa fille, de la Dresse L_____ et au vu des pièces du dossier, il n'avait pas été possible de déterminer que le demandeur se rendait plus d'une heure par semaine dans les locaux de la fiduciaire entre septembre 2010 et mars 2011. L'enquête n'avait pas

non plus permis d'établir ce que le demandeur faisait exactement dans les locaux de la société. Dans ces circonstances, il ne pouvait être retenu que le demandeur aurait menti aux médecins ayant attesté de son incapacité de travail et caché le fait qu'il travaillait.

Le Ministère public relevait que tous les rapports et certificats médicaux fournis dans le cadre de la procédure pénale, y compris l'appréciation des médecins de l'OAI, dont le rapport était le plus complet, allaient dans le sens d'une incapacité de travail à 100% à compter du 1^{er} octobre 2010. En définitive, seul le médecin-conseil de la défenderesse était d'un avis contraire. Dans ces circonstances, il convenait de classer la procédure quant à l'infraction d'escroquerie. Il en allait de même de celle de tentative d'escroquerie, la défenderesse ayant cessé de verser des prestations au demandeur en raison des doutes qu'elle éprouvait quant à la capacité de travail.

49. Le 29 novembre 2016, la défenderesse a informé la Cour de céans de son recours contre cette ordonnance de classement.
50. Par arrêt incident du 8 décembre 2016 (ATAS/1058/2016), la Cour de céans a ordonné la prolongation de la suspension de l'instance jusqu'à droit jugé au pénal.
51. Le 20 mars 2017, la Chambre pénale de recours (CRP) a rejeté le recours interjeté par la défenderesse contre l'ordonnance de classement (ACPR/_____/2017).

La CRP constate dans son arrêt que le demandeur a reconnu être l'auteur des quatre courriels adressés à sa fille, en avril, septembre et novembre 2011, ainsi qu'en juin 2012. Rien dans la formulation des messages en question ne permettait toutefois d'inférer qu'ils se rapporteraient à une activité concrète antérieure à celle effectuée le jour en question. Contrairement aux affirmations de la défenderesse, de l'aveu même de l'ex-épouse et de la fille du demandeur, ce dernier a formé la première à la comptabilité et à l'établissement des déclarations fiscales. Depuis septembre 2010, l'ex-épouse gérait seule la société, dont le chiffre d'affaires avait par ailleurs diminué de moitié entre 2010 et 2011. S'il était établi que le demandeur se rendait dans les bureaux de la société pour prendre son courrier personnel, des montants en espèces et qu'il s'occupait de régler les factures et charges de la société, il n'en demeurait pas moins que l'ex-épouse du demandeur avait admis avoir peu sollicité ce dernier entre septembre 2010 et février 2011, mais l'avoir supplié de venir l'aider, de temps en temps, entre mi-février et mi-mai 2011, car elle peinait sur les dossiers plus complexes. Sa fille avait confirmé que le demandeur ne s'occupait que des dossiers épineux, qu'en 2011, il ne faisait que contrôler les déclarations et qu'au cours des mois précédant l'installation de l'extension du système informatique en novembre 2011, il ne venait à la fiduciaire que pour prélever de l'argent. Ces propos corroboraient les explications du demandeur, à savoir qu'il s'était limité à donner ponctuellement un coup de main. Le dossier ne permettait ainsi pas de retenir que le demandeur aurait poursuivi une activité professionnelle pleine et entière plutôt qu'occasionnelle, de courte durée, non rémunérée, et consistant essentiellement en des contrôles.

Par ailleurs, en mars 2011, l'incapacité de travail du demandeur était de 50%, de sorte que l'aide apportée à ce moment-là était compatible avec la perception de prestations perte de gain à due concurrence. À cela s'ajoutait le fait que le demandeur avait formellement renoncé à son statut d'associé-gérant, ainsi qu'aux profits de la société, lorsqu'il avait ratifié l'acte de donation en faveur de sa fille. En 2011, il n'était pas salarié de la société. Il avait fait augmenter sa ligne de crédit et avait bénéficié de l'aide social de l'Hospice général. Les faits n'étaient donc pas établis, de sorte que c'était à juste titre que le Ministère public avait considéré qu'il n'existait pas de prévention suffisante d'escroquerie, un acquittement paraissant plus probable qu'une condamnation.

Quant à la tentative d'escroquerie dénoncée s'agissant des nouvelles prétentions en indemnisation en juillet 2011 et en septembre 2012, la CRP a relevé que les documents médicaux produits par le demandeur n'étaient pas divergents, puisqu'il souffrait à la fois d'atteintes physiques (atteintes cervico-dorsales en lien avec la maladie de Scheuermann, fibromyalgie) et de symptômes anxio-dépressifs. On ne pouvait donc lui reprocher d'avoir consulté des spécialistes dans chacun des domaines visés (médecine interne, rhumatologie et psychiatrie). D'ailleurs, les diagnostics respectifs étaient concordants. Il en allait de même des appréciations de la capacité de travail (nulle du 1^{er} octobre 2010 à mars 2011). Certes, le demandeur avait consulté trois psychiatres différentes. Cela était toutefois dû au fait qu'il avait eu de la peine à nouer une relation de confiance jusqu'à ce qu'il soit pris en charge par la Dresse L____, laquelle le suivait toujours en 2015, ce qui tendait à accréditer les dires du demandeur, affirmant qu'il n'avait pas changé de médecin dans le but d'« induire le corps médical en erreur sur sa capacité de travail ». Enfin, il ne ressortait pas du dossier que les tâches accomplies entre mars 2011 et septembre 2012 auraient consisté en autre chose que des contrôles de déclarations fiscales ou du démarchage de clientèle via internet, c'est-à-dire des tâches sporadiques et non rémunérées. Aucun élément ne permettait dès lors de considérer que le demandeur aurait déployé une réelle activité professionnelle excédant sa faible résistance physique ou ses capacités de concentration limitées et donc d'admettre qu'il aurait abusé ses thérapeutes.

52. Par ordonnance du 19 avril 2017, la Cour de céans a ordonné la reprise de la procédure et octroyé un délai à la défenderesse pour se déterminer.
53. Le 10 mai 2017, la défenderesse a sollicité la jonction de la présente procédure avec celle ouverte suite au dépôt par l'assuré, le 1^{er} mars 2017, d'une demande dirigée contre Zürich Compagnie d'assurances sur la Vie SA en matière de prévoyance professionnelle, demande tendant notamment au versement d'une rente pour incapacité de gain (A/792/2017).

Pour le surplus, la défenderesse a demandé un délai pour déposer une demande reconventionnelle visant à la restitution des prestations versées à tort, selon elle, entre septembre 2010 et mars 2011.

54. Par courrier du 11 mai 2017, la Cour de céans a refusé la jonction des causes, lesquelles n'opposaient pas les mêmes parties.
55. Le 15 mai 2017, à la demande de la défenderesse, un commandement de payer (3 _____), portant sur le montant de CHF 55'237.- (indemnités journalières versées à tort du 1^{er} octobre 2010 au 20 mars 2011) a été notifié au demandeur, qui y a formé opposition.
56. Le 2 juin 2017, la défenderesse a sollicité l'audition du Dr D _____, ainsi que de Mesdames R _____ et S _____, ex-femme et fille du demandeur.
57. Par écriture du même jour, la défenderesse a conclu reconventionnellement, sous suite de frais et dépens, à ce que le demandeur soit condamné à lui rembourser la somme de CHF 55'237.- avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2011 (date moyenne) et à la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer notifié dans la poursuite n°17 192790 J.
58. Par ordonnances du 6 juin 2017, la Cour de céans a requis, d'une part, l'apport de la procédure pénale, d'autre part, celui du dossier AI concernant le demandeur.
59. Il est apparu qu'avaient été versées au dossier de l'OAI les pièces nouvelles suivantes :
- un rapport intermédiaire de la Dresse L _____ du 12 novembre 2013, faisant état d'une aggravation de l'état de santé du demandeur, l'état dépressif sévère s'étant péjoré dans un contexte de conflit sévère avec sa fille et son ex-épouse ; l'état dépressif sévère se manifestait par une tristesse marquée, un épuisement physique et psychique, des ruminations, une incapacité à ressentir du plaisir, une incapacité à entreprendre des actions, un retrait social important, des sentiments de dévalorisation et de désespoir associés à des idées suicidaires, des troubles du sommeil (troubles de l'endormissement et réveils fréquents), une perte d'appétit (s'étant traduite par une perte pondérale de 16 kg depuis septembre 2011), des troubles de la concentration et de la mémoire ; la capacité de travail était toujours nulle et le pronostic défavorable ;
 - une communication de l'OAI du 18 novembre 2013, informant le demandeur qu'il continuerait à bénéficier d'une rente entière.
60. Quant aux pièces versées à la procédure pénale P/ _____/2013 dirigée contre le demandeur, il s'agissait notamment de :
- la plainte pénale du 23 mai 2013 ;
 - les procès-verbaux d'audition devant la police et le compte-rendu y consécutif ;
 - les procès-verbaux d'instruction et d'audition du demandeur, de son ex-épouse, de leur fille, de son épouse actuelle et de la Dresse L _____ ;
 - les pièces transmises par les parties, dont, notamment, de nombreux courriels échangés entre le demandeur et son ex-femme ou sa fille ;
 - le dossier constitué par l'Hospice général.

61. Le demandeur s'est déterminé par écriture du 10 août 2017.

Après avoir résumé les rapports médicaux pertinents rassemblés par l'OAI, il critique une nouvelle fois celui du rapport du Dr F_____. Selon lui, l'ensemble du dossier médical permet de conclure à une incapacité totale de travailler et ce, depuis le 1^{er} septembre 2010.

S'agissant de la procédure pénale, le demandeur relève qu'elle a duré trois ans et s'est terminée par une ordonnance de classement, confirmée par la Chambre pénale de recours. Elle n'a révélé aucun élément de nature à démontrer l'exercice d'une activité lucrative pendant la période concernée. Se référant à la jurisprudence selon laquelle l'autorité administrative ne doit pas s'écarter sans raisons des faits établis au pénal, le demandeur soutient que la défenderesse ne peut invoquer la procédure pénale pour remettre en question son incapacité de travail.

62. Le 18 août 2017, la défenderesse s'est exprimée à son tour. Elle persiste dans les termes de ses précédentes écritures.

La défenderesse renvoie pour le surplus aux déterminations de Zurich Compagnie d'assurances sur la Vie SA, dans la procédure A/792/2017 3 LPP et persiste à réclamer l'audition du Dr D_____, ainsi que de Mesdames R_____ et S_____.

63. Le 18 septembre 2017, le demandeur s'est prononcé sur la demande reconventionnelle du 2 juin 2017 et a conclu au déboutement de la défenderesse avec suite de frais et dépens.

Selon lui, la défenderesse n'est pas en mesure d'apporter la preuve de l'exercice d'une activité lucrative et ses allégations se heurtent de manière flagrante aux conclusions des procédures pénale et administrative (devant l'OAI). Au demeurant, elle n'explique pas quels motifs permettraient de s'écarter de la position du Ministère public et de celle de la Chambre pénale de recours.

64. Lors de l'audience du 22 mars 2018, la défenderesse a renoncé à l'audition des témoins et les parties ont plaidé.

65. 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), 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^{er} janvier 2011 par l'entrée en vigueur du CPC, auquel il convient désormais de se référer. Sauf disposition contraire de la loi, pour les actions dirigées contre les personnes morales, le for est celui de leur siège (art. 10 al. 1 let. b CPC), étant précisé que l'art. 17 al. 1 CPC consacre la possibilité d'une élection de for écrite.

En l'occurrence, l'art. 27 des conditions générales du contrat (ci-après : CGC) pour l'assurance perte de salaire en cas de maladie selon la LCA prévoit quant à lui que le preneur ou l'assuré peut élire à son choix Zurich, en tant que siège de l'assureur, le lieu de la succursale de l'assureur en relation matérielle avec le contrat ou encore celui de son domicile suisse ou au Liechtenstein.

En l'espèce, le demandeur est domicilié à Genève. La compétence *ratione loci* de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est par conséquent également donnée.

3. En vertu de l'art. 14 al. 1 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.

En l'espèce, attendu que la demande reconventionnelle se trouve dans un rapport de connexité avec la demande principale, la Cour de céans est également compétente.

4. À raison de la forme, tant la demande principale que la demande reconventionnelle, qui comportent notamment un exposé des faits et des conclusions, respectent les conditions légales (art. 130 et 244 CPC).
5. 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).
6. Le litige porte d'une part, sur le droit de l'assuré à des indemnités journalières du 1^{er} octobre 2010 au 19 septembre 2012 (*recte* 30 août 2012) sous déduction des indemnités déjà versées, d'autre part, sur la restitution requise par l'assurance de CHF 55'237.-, somme correspondant aux indemnités journalières versées à l'assuré du 1^{er} octobre 2010 au 20 mars 2011, prétentions qualifiées de frauduleuses par la défenderesse.
7. 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 plaisir l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a).

8. 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).

Ainsi, 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).

9. 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, selon le contrat d'assurance n° 1_____, valable à partir du 9 février 2009, B_____ Sàrl et la défenderesse ont conclu une assurance « perte de salaire maladie », prévoyant le versement d'une indemnité journalière, correspondant à 100% du gain assuré, du 31^e au 730^e jour, soit pendant 700 jours. L'ensemble du personnel devant obligatoirement être assuré selon la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA - RS 832.20) est assuré. Toujours selon le contrat d'assurance précité, il s'agissait d'une assurance dommages.

S'agissant des modalités, l'art. 8.8 des conditions particulières d'assurance prévoit qu'en cas d'incapacité partielle de travail, la défenderesse paie une indemnité journalière proportionnelle au degré d'invalidité. Les jours d'incapacité partielle de travail sont comptés en plein pour le calcul de la durée des prestations et du délai d'attente (let. a). Seule une incapacité de travail d'au moins 25%, donne droit à des prestations (let. b). 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.

10. La défenderesse s'oppose à tout versement d'indemnités journalières dès le 1^{er} octobre 2010 au motif que le demandeur aurait passé sous silence sa capacité de travail résiduelle et l'activité qu'il aurait exercée au sein de la fiduciaire en dépit

d'une incapacité de travail attestée médicalement. Dans ce contexte, elle demande la restitution des prestations versées entre le 1^{er} octobre 2010 et le 20 mars 2011.

Subsidiairement, si la fraude n'était pas retenue, la défenderesse conteste, en se fondant sur le rapport du Dr F_____, toute incapacité de travail du demandeur. En d'autres termes, ce n'est que si une prétention frauduleuse ne devait pas être retenue à la charge du demandeur que la défenderesse remet en cause l'incapacité de travail attestée par l'ensemble des médecins ayant examiné le demandeur - à l'exception du Dr F_____.

11. a. L'art. 40 LCA définit la prétention frauduleuse : 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. Il faut, en d'autres termes, constater que, sur la base d'une communication correcte des faits, l'assureur aurait versé une prestation moins importante, voire aucune. 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 (arrêts du Tribunal fédéral 4A_286/2016 du 29 août 2016 consid.5.1.2 et les arrêts cités et 4A_643/2016 du 7 avril 2017).

L'art. 40 LCA formule un moyen libératoire pour l'assureur, de sorte qu'il incombe à ce dernier de prouver les faits permettant l'application de cette disposition. Cette disposition est notamment conçue pour l'hypothèse où l'ayant droit fait des déclarations mensongères relevant de l'escroquerie à l'assurance, en particulier pour le cas où il déclare un dommage plus étendu que celui qui est survenu en réalité (arrêt du Tribunal fédéral 4A_671/2010 du 25 mars 2011 consid. 2.6 et les références).

Lorsque les conditions de l'art. 40 LCA sont réunies, l'assureur peut non seulement refuser ses prestations, mais aussi se départir du contrat et répéter en principe celles qu'il a déjà versées, cette faculté n'existant cependant qu'à l'égard de l'auteur de la tromperie (arrêt du Tribunal fédéral 5C.138/2005 du 5 septembre 2005, consid. 4.2) et pour le contrat affecté par elle (ATF 131 III 314, consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_671/2010 du 25 mars 2011, consid. 2.6; arrêt du Tribunal fédéral 4A_431/2010 du 17 novembre 2010). L'assureur peut également se départir du contrat lorsque l'employé fraudeur ayant en principe droit à des prétentions dans le

cadre d'une assurance collective contre les accidents ou la maladie est en même temps le gérant de la Sàrl, soit un organe de celle-ci (voir arrêt du Tribunal fédéral 4A_382/2014 du 3 mars 2015, consid. 5.2 et 6.3). La résolution du contrat, laquelle produit des effets *ex tunc*, n'étend ses effets que jusqu'au jour de la fraude – et non au jour de la conclusion du contrat (BRULHART, Droit des assurances privées, 2^e édition, 2017, n° 817 p. 422 et les références citées)

b/aa. Dans un 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 le dit 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. L'assuré - interrogé par l'assureur - avait certes menti en déclarant qu'il lui arrivait de rendre visite à sa femme à la boutique et de lui rendre de tout petits services - par ex. changer de la monnaie - sans jamais servir de clients ou leur faire passer de tests de la vue. Malgré tout, le Tribunal fédéral a nié l'existence d'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).

b/bb. Dans un arrêt 4A_382/2014 du 3 mars 2015, le Tribunal fédéral a jugé qu'un assuré, architecte d'intérieur de profession, avait travaillé, dès lors qu'il avait été aperçu dans ses locaux à Zurich, à diverses discussions professionnelles et sur des chantiers à St-Gall, Zermatt et Berne.

b/cc. Dans un arrêt 4A_286/2016 du 26 août 2016, le Tribunal fédéral a considéré que l'assuré qui s'était rendu, pendant son incapacité de travail à 100%, dans son garage, y avait mené, avec des clients, des discussions relatives à des véhicules d'occasion et expertisé des profils de pneus, avait commis une prétention frauduleuse au sens de l'art. 40 LCA.

b/dd. Dans un arrêt ATAS/802/2016 du 29 septembre 2016, la Chambre de céans a considéré qu'une assurée, coiffeuse de profession, n'avait pas exercé son activité pendant son incapacité de travail mais s'était limitée à réaliser quelques activités accessoires (prise de rendez-vous, téléphone, agenda) afin de s'occuper et non dans un but lucratif, puisque lesdites tâches incombaient en principe à son employée qui,

seule, coiffait les clients. Ces faits n'étaient donc pas constitutifs d'une prétention frauduleuse.

Saisi d'un recours, le Tribunal fédéral a suivi l'avis de la Cour cantonale (cf. arrêt 4A/643/2016 du 7 avril 2017). Il a considéré que l'assurée, coiffeuse indépendante, qui, en arrêt de travail, s'était rendue dans son salon de coiffure pour passer du temps devant l'ordinateur, répondre au téléphone, prendre des rendez-vous, s'occuper de l'agenda et discuter avec la clientèle, n'avait pas exercé d'activité constituant l'essence du métier de base. Le dossier ne permettait pas non plus de considérer qu'elle avait assumé lesdites activités systématiquement, soit à un niveau professionnel. Ainsi, l'assurée n'avait pas fait de déclaration mensongère en réclamant une indemnité journalière à l'assurance perte de gain en cas de maladie, d'autant moins que, d'un point de vue subjectif, l'intéressée pouvait penser de bonne foi que seule l'activité de coiffeuse en tant que telle était déterminante pour le montant de l'indemnité journalière.

12. a. En l'espèce, la défenderesse se fonde sur les documents qui lui ont été envoyés par la fille du demandeur le 2 avril 2013 (pièces 12 à 17, chargé défenderesse ; voir *supra*, partie « EN FAIT ») pour considérer que ce dernier lui a sciemment dissimulé une capacité de travail résiduelle et la continuation de son activité professionnelle au sein de la fiduciaire. En d'autres termes, la défenderesse est d'avis que le demandeur a formulé des prétentions frauduleuses en requérant le versement d'indemnités journalières à 100% durant 700 jours alors qu'en réalité, pendant cette même période, il travaillait pour la fiduciaire.

Dès lors, il convient de déterminer si l'on peut retenir, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le demandeur a exercé son activité habituelle alors qu'il était censé être totalement incapable de travailler.

b. Suite à la plainte pénale déposée le 23 mai 2012 sur la base des courriels précités, le Ministère public a procédé à une instruction approfondie et a entendu le demandeur, son épouse actuelle, son ex-femme, sa fille et la Dresse L____. À l'issue de la procédure, il a rendu une ordonnance de classement, laquelle a été confirmée, sur recours, par la CPR, le 20 mars 2017.

Il est constant que l'art. 146 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), examiné par les autorités pénales dans l'ordonnance de classement du 4 novembre 2016 et l'arrêt du 20 mars 2007, ne prévoit pas les mêmes conditions que l'art. 40 LCA, l'astuce étant notamment nécessaire pour une condamnation pénale.

Cela étant, les éléments récoltés dans le cadre de la procédure pénale peuvent être pris en considération par la Cour de céans pour examiner si les conditions de la prétention frauduleuse sont réalisées.

c. A titre liminaire, il convient de relever que l'envoi des courriels sur lesquels la défenderesse s'est fondée pour mettre un terme, *ex tunc*, au contrat d'assurance et réclamer la restitution des prestations versées entre le 1^{er} octobre 2010 et le 20 mars

2011 s'inscrit dans un contexte familial très conflictuel. En effet, il ressort de la procédure pénale que le demandeur aurait menacé la fiduciaire - dont sa fille est désormais propriétaire - d'une plainte pénale. Il a également adressé un courrier aux clients de la fiduciaire afin de les informer qu'il n'y travaillait plus, démarche qui a eu pour conséquence que l'entreprise a perdu la quasi-totalité des clients vaudois (cf. procès-verbal de police établi suite à l'audition de la fille du demandeur, le 27 mars 2014, p. 4). L'envoi des courriels litigieux constitue donc en quelque sorte une mesure de rétorsion, ce qu'admet d'ailleurs implicitement la fille du demandeur (cf. notamment le procès-verbal de l'audience d'instruction du 12 mai 2015 p. 8 : « je me suis dit que ça devait s'arrêter. Il se croit au-dessus des lois »).

Par ailleurs, les courriels transmis à la défenderesse ont été sortis de leur contexte et seuls ceux laissant croire que le demandeur travaillait lui ont été remis. Les courriels dans lesquels le demandeur faisait état de sa maladie et de ses difficultés à se concentrer, ainsi que ceux dont il ressort que son ex-femme le sollicitait de manière répétée et s'occupait seule de la gestion de la fiduciaire ont été transmis aux autorités pénales par le demandeur pour appuyer de sa défense.

Enfin, de nombreuses contradictions - au demeurant relevées par les autorités et juridictions pénales - ressortent des auditions, par la police ou le Ministère public, de l'ex-épouse du demandeur et de leur fille.

Dans de telles circonstances, les déclarations et les pièces précitées doivent être examinées avec circonspection.

d/aa. À l'examen du dossier, en premier lieu, la Cour de céans constate, avec les autorités pénales, que les courriels litigieux - sur lesquels se fonde la défenderesse pour réclamer la restitution des prestations versées - ont été rédigés postérieurement à la période du 1^{er} octobre 2010 au 21 mars 2011, pendant laquelle le demandeur a bénéficié des indemnités journalières de la défenderesse. À cela s'ajoute le fait que rien dans leur formulation ne permet de déduire que lesdits courriels se rapporteraient à une activité concrète antérieure à celle effectuée le jour concerné.

Bien plus, il ressort des déclarations de l'ex-femme du demandeur que, durant la période litigieuse susmentionnée, l'intéressé se trouvait dans un état de « demi-légume » et prenait tellement de médicaments qu'elle ne le reconnaissait plus (cf. procès-verbal de police relatif à l'audition de l'ex-épouse du demandeur le 27 mars 2017 p. 4). Elle avait même pensé, en avril 2011, que le demandeur n'avait plus toute sa tête (cf. procès-verbal de police relatif à l'audition de l'ex-épouse du demandeur le 27 mars 2017 p. 5). L'ex-épouse du demandeur a également admis n'avoir que peu sollicité celui-ci entre septembre 2010 et février 2011 et s'être chargée de tout (cf. procès-verbal de l'audition à la police de l'ex-épouse du demandeur du 27 mars 2017 p. 6).

Dans ces circonstances, la Cour de céans rejoint la position de la CPR et considère, comme cette dernière, qu'aucun élément du dossier ne permet de retenir que le

demandeur aurait effectué des tâches typiques de son activité habituelle de gérant de fiduciaire entre septembre 2010 et mars 2011.

d/bb. Se pose à présent la question de la période du 22 mai 2011 au 30 août 2012, pour laquelle le demandeur requière le versement des indemnités journalières, couverte par les courriels rédigés entre le 21 avril 2011 et le 26 novembre 2012, également produits par la défenderesse.

Il ressort desdits courriels que le demandeur aurait contrôlé des déclarations d'impôt (courriels des 21 avril 2011, 21 et 28 novembre 2011), terminé - c'est-à-dire contrôlé (cf. procès-verbal de l'audience d'instruction du 9 octobre 2014, p. 2) - sept déclarations d'impôt (courriel du 21 septembre 2011), établi des factures, fait des paiements pour la fiduciaire ou encore démarché des clients par le biais d'une campagne Google (courriel du 19 juin 2012).

Interrogé par la police, puis par le Ministère public, le demandeur a admis avoir écrit lesdits courriels, affirmant toutefois qu'il n'avait pas effectué de sa propre initiative les activités qui y étaient mentionnées, mais était intervenu à la demande de son ex-épouse. Ces déclarations sont corroborées par les courriels transmis au Ministère public les 1^{er} et 3 novembre 2010, 10 et 11 février 2011, 3 et 21 août 2011, 17 et 23 février, 7 mars, 2, 4, 5, 12, 18 et 21 avril, 7 et 13 juin 2012, dont il ressort que l'ex-épouse a effectivement à de nombreuses reprises sollicité l'aide du demandeur, ce qu'elle a d'ailleurs admis lors de ses auditions.

Le demandeur a également expliqué qu'il avait donné ces coups de mains parce qu'il était sous la domination de son ex-femme, qui insistait jusqu'à ce qu'il cède ; il craignait par ailleurs de se faire licencier prématurément, ce qui l'aurait empêché de percevoir les prestations de l'institution de prévoyance de la fiduciaire (cf. procès-verbaux d'instruction du 24 septembre 2014 p. 9 et du 9 octobre 2014 p. 2). Les déclarations du demandeur ont été confirmées par son ex-épouse, laquelle a admis, lors de l'audience d'instruction du 12 mai 2015, l'avoir supplié de venir à la fiduciaire, même s'il était malade, et avoir exercé une certaine domination sur lui. Cette pression psychologique a également été confirmée par la Dresse L_____, qui a expliqué, dans son rapport du 21 juin 2013, que le demandeur s'était plaint, à plusieurs reprises, d'être harcelé par son ex-épouse et malmené par sa fille. Cette situation, très pesante, et les menaces répétées dont il avait fait l'objet avaient d'ailleurs en partie contribué à son état d'épuisement et aggravé son état dépressif, car il s'était plié aux exigences de son ex-épouse alors qu'il ne disposait plus de ses capacités psychiques habituelles (cf. procès-verbal d'instruction du 26 mars 2015, p. 13).

Les facultés psychiques amoindries du demandeur ont également eu des répercussions sur la qualité de son contrôle. Il avait des troubles de la mémoire (voir courriel du 21 septembre 2011 : « j'oublie beaucoup de choses ») et faisait des erreurs dans le travail de vérification et ne voyait pas les erreurs commises par son ex-épouse (cf. procès-verbal d'instruction du 9 octobre 2014 p. 2 ; voir également

courriel d'un client, daté du 28 septembre 2012, « vu que nous avons tout de même 3 points faux dans la déclaration »).

Enfin, s'agissant de l'intensité des activités, le demandeur a admis se rendre une à deux fois par semaine à la fiduciaire, le soir, pour des périodes d'une demi-heure au plus (cf. procès-verbal de police établi suite à l'audition du demandeur le 12 septembre 2013 et procès-verbal d'instruction du 9 octobre 2014, p. 3). En 2011, il a ainsi passé entre 10 et 15 heures dans les bureaux de la fiduciaire (cf. procès-verbal d'instruction du 24 septembre 2014, p. 9). Selon la Dresse L____, le demandeur a procédé au contrôle des déclarations pendant environ 20 heures entre février et juin, ainsi qu'en septembre 2011 et pendant environ 15 heures, entre février et juin 2012 (rapport de la Dresse L____ du 21 juin 2013). Au demeurant, la Dresse L____ a indiqué que son opinion quant à la capacité de travail de son patient n'était pas susceptible d'être modifiée par l'exercice d'une activité accessoire de quelques heures par année et sous la contrainte. Lors de l'audience d'instruction du 26 mars 2015, la doctoresse a précisé qu'elle pensait le demandeur apte à travailler une heure de temps à autre, sur demande, mais ne l'estimait pas capable de travailler une semaine entière (cf. le procès-verbal d'instruction du 26 mars 2015, p. 13).

Au vu de ce qui précède, force est de constater que le dossier ne permet pas de retenir, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le demandeur aurait exercé des activités typiques de sa profession, de manière systématique ou encore à un niveau professionnel et dans des conditions sereines. L'absence du demandeur semble d'ailleurs s'être fait ressentir sur le chiffre d'affaires, celui-ci étant passé de CHF 242'964.- en 2010 à CHF 118'666.- en 2011 (cf. ordonnance de classement du 4 novembre 2016 p. 10). Au demeurant, bien qu'informée de l'existence de coups de mains à son épouse, la Dresse L____ a persisté à qualifier son patient de totalement incapable d'exercer sa profession (rapport de la Dresse L____ du 21 juin 2013).

Aucune prétention frauduleuse ne peut ainsi être retenue à l'encontre du demandeur.

13. Reste à déterminer si les pièces au dossier confirment une incapacité totale de travailler.

a. 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_491/2008 du 4 février 2009 consid. 3.1). 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 ; ATF 127 III 248 consid. 3a ; ATF 127 III 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 ; ATF 129 III 18 consid. 2.6 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_5/2011 du 24 mars 2011 consid. 3.1). En tant que règle sur le fardeau de la preuve, elle 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 ; 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).

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. Le principe de la libre appréciation des preuves s'applique lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des prestations en matière d'assurance sociale. Rien ne justifie de ne pas s'y référer également lorsque, comme en l'espèce, une prétention découlant d'une assurance complémentaire à l'assurance sociale est en jeu. Selon ce principe, le juge apprécie librement les preuves médicales qu'il a recueillies, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Le juge doit examiner objectivement tous les documents à disposition, quelle que soit leur provenance, puis décider s'ils permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (arrêt du Tribunal fédéral 4A_5/2011 du 24 mars 2011 consid. 4.2). S'il existe des avis contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion plutôt que sur une autre. En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant, c'est que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et enfin que les conclusions de l'expert soient dûment motivées. Au demeurant, l'élément déterminant pour la valeur probante n'est ni l'origine du moyen de preuve ni sa désignation comme rapport ou comme expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 125 V 351 consid. 3a ; ATF 122 V 157 consid. 1c et les références ; cf. également ATF 134 V 231 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_412/2010 du 27 septembre 2010 consid. 3.1).

Par ailleurs, le juge doit avoir égard au fait que la relation de confiance unissant un patient à son médecin traitant peut influencer l'objectivité ou l'impartialité de celui-ci ; cela ne justifie cependant pas en soi d'évincer tous les avis émanant des médecins traitants. Il faut effectuer une appréciation globale de la valeur probante du rapport du médecin-traitant au regard des autres pièces médicales (ATF 125 V 351 consid. 3b/cc ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_12/2012 du 20 juillet 2012 consid. 7.1). De même, le rapport d'un médecin-conseil de l'assurance a force probante pour autant qu'il soit motivé de manière convaincante, sans contradictions, et qu'il n'y ait aucun élément faisant douter de sa fiabilité. Le simple fait que le médecin consulté soit lié par un rapport de travail à la compagnie d'assurance ne suffit pas encore à douter de son objectivité ni à soupçonner une prévention à l'égard de l'assuré (ATF 125 V 351 consid. 3b/ee et ATF 135 V 465 consid. 4.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_172/2013 du 1er octobre 2013

consid. 3.3). Les mesures d'instruction ordonnées par l'assureur, à savoir notamment l'examen par un médecin, ne sont pas des expertises au sens strict du terme, à moins que l'assureur n'interpelle le demandeur sur le libellé des questions ainsi que le choix de l'expert et lui donne l'occasion de se déterminer avant l'exécution de l'acte d'instruction projeté. L'on ne saurait toutefois leur dénier toute valeur probante de ce seul fait. Il faut en effet examiner si le médecin commis par l'assureur s'est penché sur les questions médicales litigieuses et a donné à celui-ci des indications utiles pour décider d'une éventuelle prise en charge (ATA/143/1999 du 2 mars 1999).

c. Le principe de la libre appréciation des preuves est ancré à l'art. 157 CPC, qui dispose que le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées. Malgré ce qui précède, l'art. 168 al. 1 CPC énumère les moyens de preuve admissibles : il s'agit du témoignage, des titres, de l'inspection, de l'expertise, des renseignements écrits, de l'interrogatoire et de la déposition de partie. Cette énumération est exhaustive, le droit de la procédure civile institue ainsi un *numerus clausus* des moyens de preuve. Cela semble à première vue contredire les principes fondamentaux que sont le droit à la preuve et sa libre appréciation, mais la sécurité et l'équité requièrent que la loi détermine clairement quand et par quel moyen la preuve peut être rapportée (Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, FF 2006 I p. 6929).

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. Cela étant, le juge civil peut ordonner l'apport d'une expertise mise en œuvre dans le cadre d'une autre procédure. La valeur probante de telles expertises n'est pas remise en question du fait que le droit d'être entendu des parties au procès doit être garanti, lequel comprend outre une détermination sur le contenu de l'expertise (art. 187 al. 4 CPC) également la possibilité de s'exprimer sur la personne de l'expert (art. 183 al. 2 CPC) et de poser des questions complémentaires (art. 185 al. 2 CPC). Des expertises diligentées par des tiers sont ainsi tout aussi probantes que celles ordonnées par le juge civil, étant rappelé que leur force probante se détermine selon le principe de la libre appréciation des preuves et qu'une nouvelle expertise portant sur les mêmes questions doit être mise en œuvre lorsque l'expertise diligentée par un tiers ne résiste pas à la critique (ATF 140 III 24 consid. 3.3.1.3).

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 140 III 24 consid. 3.3.3 ; ATF 132 III 83 consid. 3.4). Lorsqu'une allégation de partie est contestée de manière circonstanciée par la partie adverse, une expertise privée ne suffit pas à prouver une telle allégation. En tant qu'allégation de partie, une expertise privée peut, combinée à des indices dont l'existence est démontrée par des moyens de preuve, amener une preuve. Toutefois, si elle n'est pas corroborée par des indices, elle ne peut être considérée comme prouvée en tant

qu'allégation contestée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_626/2015 du 24 mai 2016 consid. 2.5).

L'art. 44 LPGA prévoyant les conditions de mise en œuvre d'une expertise externe indépendante ne s'applique pas aux examens médicaux réalisés par les SMR (ATF 135 V 254 consid. 3.4). Cela étant, le juge peut accorder pleine valeur probante aux rapports et expertises établis par les médecins d'un assureur social aussi longtemps que ceux-ci aboutissent à des résultats convaincants, que leurs conclusions sont sérieusement motivées, que ces avis ne contiennent pas de contradictions et qu'aucun indice concret ne permet de mettre en cause leur bien-fondé. (ATF 125 V 351 consid. 3b/ee).

14. En l'espèce, la défenderesse se fonde sur le rapport du Dr F_____ du 8 février 2011 pour nier l'incapacité de travail du demandeur.

Ce dernier lui, invoque les appréciations unanimes de ses médecins traitants et du SMR.

À titre liminaire, la Cour de céans relève qu'aucune des pièces produites ne peut être qualifiée d'expertise au sens strict du terme, pas même le rapport du SMR. Toutes les pièces médicales produites correspondent ainsi à des allégations des parties, lesquelles sont contestées par la partie adverse.

Dans la mesure où l'allégation de la défenderesse, selon laquelle le demandeur serait totalement capable de travailler, a été contestée de manière circonstanciée par ce dernier, le rapport du Dr F_____, en tant qu'expertise privée et, partant allégation des parties, ne saurait suffire à prouver l'allégation précitée, d'autant moins que la Cour de céans lui a nié, dans son ordonnance du 16 novembre 2012, toute valeur probante et qu'aucun autre élément du dossier ne le corrobore.

L'allégation du demandeur relative à son incapacité de travail est, elle, contestée par la défenderesse. Le demandeur se réfère toutefois au rapport du SMR du 9 novembre 2012 ainsi qu'à ceux de ses médecins traitants pour fonder sa position. Quand bien même ces pièces constituent également des allégations de parties, elles peuvent, combinées à d'autres indices, prouver l'allégation contestée. Or, dans le cas d'espèce, le demandeur a été mis au bénéfice d'une rente entière d'invalidité versée à compter du 1^{er} octobre 2011. Dans ces circonstances, le rapport du SMR et ceux des médecins traitants, combinés à la décision du 7 mars 2013 relative à l'octroi d'une rente entière amènent la preuve de l'incapacité de travail totale du demandeur.

Il peut donc être retenu, sans violation de l'art. 168 CPC, que le rapport du SMR du 9 novembre 2012 et les rapports des médecins traitants du demandeur établissent suffisamment l'incapacité de gain totale de l'intéressé, sans qu'il se justifie de faire procéder à une expertise judiciaire, ni d'entendre les médecins, audition à laquelle la défenderesse a au demeurant renoncé.

Partant, la défenderesse est tenue d'indemniser le demandeur en raison d'une incapacité de travail totale à compter du 1^{er} octobre 2010.

15. S'agissant du montant de l'indemnité journalière due, la défenderesse a fait valoir, dans sa réponse du 23 septembre 2011, qu'il appartenait au demandeur d'établir son dommage en produisant, en sa qualité d'indépendant, les bilans des cinq dernières années.

Force est toutefois de constater, en premier lieu, que le demandeur était salarié de la fiduciaire, de sorte qu'il n'a pas à produire les bilans. Par ailleurs, il ressort de l'extrait de compte individuel le concernant, produit dans la procédure AI, qu'entre 2005 et 2009, il a réalisé auprès de la fiduciaire un salaire moyen de CHF 166'800.- (2005 : CHF 150'000.- ; 2006 : CHF 150'000.- + CHF 30'000.- ; 2007 : CHF 180'000.- ; CHF 2008 : 180'000.- et 2009 : CHF 144'000.-). Converti en salaire journalier, cela correspond à un montant de CHF 457.-, supérieur à celui qu'il réclame. Par conséquent, c'est bien une indemnité journalière de CHF 394,52 que la défenderesse devra verser.

Au vu des considérations qui précèdent, la défenderesse sera condamnée à verser au demandeur le montant total de CHF 220'931.- correspondant au solde des 700 indemnités journalières dues par la défenderesse :

déjà versés (150 jours) : CHF 55'237.00

- octobre 2010 : 31 jours à 100% : CHF 12'231.00
- novembre 2010 : 30 jours à 100% : CHF 11'836.00
- décembre 2010 : 14 jours à 100% : CHF 5'524.00
- janvier 2011 : 27 jours à 100% : CHF 10'653.00
- février 2011 : 28 jours à 100% : CHF 11'047.00
- mars 2011 : 20 jours à 50% : CHF 3'946.00

à verser (550 jours + complément pour les 20 jours de mars 2011 à 50%) :

- décembre 2010 : 17 jours à 100% : CHF 6'706.85
- janvier 2011 : 4 jours à 100% : CHF 1'578.00
- mars 2011 : 20 jours à 50% et 11 jours à 100% : CHF 8'284.90
- avril 2011 : 30 jours à 100% : CHF 11'835.60
- mai 2011 : 31 jours à 100% : CHF 12'230.10
- juin 2011 : 30 jours à 100% : CHF 11'835.60
- juillet 2011 : 31 jours à 100% : CHF 12'230.10
- août 2011 : 31 jours à 100% : CHF 12'230.10
- septembre 2011 : 30 jours à 100% : CHF 11'835.60

- octobre 2011 : 31 jours à 100% : CHF 12'230.10
- novembre 2011 : 30 jours à 100% : CHF 11'835.60
- décembre 2011 : 31 jours à 100% : CHF 12'230.10
- janvier 2012 : 31 jours à 100% : CHF 12'230.10
- février 2012 : 29 jours à 100% : CHF 11'441.10
- mars 2012 : 31 jours à 100% : CHF 12'230.10
- avril 2012 : 30 jours à 100% : CHF 11'835.60
- mai 2012 : 31 jours à 100% : CHF 12'230.10
- juin 2012 : 30 jours à 100% : CHF 11'835.60
- juillet 2012 : 31 jours à 100% : CHF 12'230.10
- août 2012 : 30 jours à 100% : CHF 11'835.60

16. a. Enfin, le demandeur conclut à des intérêts à 5% l'an depuis le 1^{er} juillet 2013, respectivement le 15 septembre 2011 concernant le complément d'indemnités journalières pour la période du 1^{er} au 20 mars 2011 ainsi que pour les indemnités journalières dues du 21 mars 2011 au 20 septembre 2012 (recte : 30 août 2012).

b. Les CGA ne stipulent pas de terme de paiement pour les indemnités journalières. On doit dès lors admettre que la créance est exigible quatre semaines après réception des renseignements nécessaires conformément à l'art. 41 LCA (cf. dans un cas similaire arrêt du Tribunal fédéral 5C.177/2005 du 25 février 2006 consid. 6.2). Si le délai est fixé par semaines, la dette est échue le jour qui, dans la dernière semaine, correspond par son nom au jour de la conclusion du contrat. Cette règle est également applicable si le délai court à partir d'une époque autre que celle de la conclusion du contrat (art. 77 al. 1 ch. 2 et 77 al. 2 CO).

La LCA ne contient pas de dispositions sur la demeure, laquelle est dès lors régie, en vertu de l'art. 100 al. 1 LCA, par les art. 102 ss CO. Le débiteur d'une obligation est en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO). L'intérêt moratoire est dû à partir du jour suivant celui où le débiteur a reçu l'interpellation (ATF 103 II 102 consid. 1a). Une interpellation est une déclaration, expresse ou par acte concludant, adressée par le créancier au débiteur par laquelle le premier fait comprendre au second qu'il réclame l'exécution de la prestation due (Luc THEVENOZ, Commentaire romand, Code des obligations I, 2^{ème} éd. 2012, n. 17 ad art. 102). À défaut d'une telle interpellation, l'intérêt moratoire n'est dû, en cas d'ouverture d'une action en justice, que dès le lendemain du jour où la demande en justice a été notifiée au débiteur (arrêt du Tribunal fédéral 5C.177/2005 du 25 février 2006 consid. 6.1). Il y a lieu de souligner qu'un débiteur peut valablement être interpellé avant même l'exigibilité de la créance (ATF 103 II 102 consid. 1a ; Rolf WEBER, Berner Kommentar, 2000, n. 102 ad art. 102 CO). La demeure ne déploie toutefois ses effets qu'avec l'exigibilité de la créance.

L'assureur qui est en demeure doit un intérêt moratoire au taux de 5% l'an, conformément à l'art. 104 al. 1 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_307/2008 du 27 novembre 2008 consid. 6.3.1).

c. En l'espèce, force est de constater qu'il n'y a pas eu d'interpellation de la part du demandeur. La demande en paiement du 14 juillet 2011 et les conclusions en amplification constituent donc les premières réclamations de la prise en charge des indemnités journalières dues pour la période du 1^{er} mars au 31 juillet 2011 :

- la demande en paiement du 14 juillet 2011 porte sur les indemnités journalières dues pour les mois de mars (20 jours à 50% et 11 jours à 100) ainsi que d'avril à juillet 2011, pour un montant total de CHF 56'416.30 ; elle a été envoyée à la défenderesse le 15 juillet 2011 et on peut admettre, selon toute vraisemblance, que celle-ci l'a reçue le vendredi 17 juillet 2011 ; les intérêts moratoires de 5% courent ainsi dès le samedi 18 juillet 2011 et non dès le 1^{er} juillet 2011 sur le montant total de CHF 56'416.30 ;
- la réplique avec amplification de la demande, datée du 26 octobre 2011, porte sur les indemnités journalières réclamées pour les mois d'août à octobre 2011, soit CHF 36'295,80 ; elle a été adressée à la défenderesse le 28 octobre 2011 et on peut admettre que celle-ci l'a reçue le 31 octobre 2011 au plus tôt ; les intérêts moratoires de 5% sur le montant précité courent, dès lors, à compter mardi 1^{er} novembre 2011 ;
- les conclusions en amplification du 24 septembre 2012 portent sur les prestations versées de novembre 2011 à septembre 2012, ramenées au 30 août 2012 afin de tenir compte du fait que seules 700 indemnités journalières étaient dues compte tenu du délai d'attente ; cet acte a été envoyé à la défenderesse le 25 septembre 2012 et on peut admettre, selon toute vraisemblance, que celle-ci l'a reçue le jeudi 27 septembre 2012 ; les intérêts moratoires de 5% courent ainsi dès le vendredi 28 septembre 2012 sur le montant de CHF 119'934.05 ;
- enfin, l'amplification de la demande du 8 novembre 2012 porte en réalité sur les indemnités journalières dues pour les mois de décembre 2010 (17 jours) et janvier 2011 (4 jours) ; l'écriture précitée a été adressée à la défenderesse le 16 novembre 2012 et on peut admettre, selon toute vraisemblance, que celle-ci l'a reçue le lundi 19 novembre 2012 ; partant, les intérêts moratoires de 5% courent dès le mardi 20 novembre 2012 sur le montant de CHF 8'284.85.

17. Les cantons sont compétents pour fixer le tarif des frais comprenant les dépens (art. 96 CPC en relation avec l'art. 95 al. 3 let. b). A Genève, le règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RTFMC - E 1 05.10) détermine notamment le tarif des dépens, applicable aux affaires civiles contentieuses (art. 1 RTFMC).

Le demandeur, représenté par un conseil, obtenant gain de cause, la défenderesse est condamnée à lui verser une indemnité de CHF 16'400.- à titre de dépens, TVA et débours inclus (art. 106 al. 1 CPC; art. 20 à 26 de la loi d'application du code

civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 [LaCC - E 1 05]; art. 84 et 85 du RTFMC).

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 recevables la demande principale et la demande reconventionnelle.

Au fond :

2. Admet la demande principale et condamne la défenderesse au paiement de :
 - CHF 56'416.30 avec intérêts à 5% dès le 18 juillet 2011 à titre d'indemnités journalières pour la période du 1^{er} mars au 31 juillet 2011 ;
 - CHF 36'295.80 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} novembre 2011 à titre d'indemnités journalières pour la période du 1^{er} août 2011 au 31 octobre 2011 ;
 - CHF 119'934.08 avec intérêts à 5% dès le 28 septembre 2012 à titre d'indemnités journalières pour la période du 1^{er} novembre 2011 au 30 août 2012 ;
 - CHF 8'284.85 avec intérêts à 5% dès le 20 novembre 2012 à titre d'indemnités journalières pour la période du 15 décembre 2010 au 4 janvier 2011.
3. Rejette la demande reconventionnelle.
4. Condamne la défenderesse à verser au demandeur la somme de CHF 16'400.- à titre de dépens, TVA et débours inclus.
5. Dit que la procédure est gratuite.
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), 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

Marie-Catherine SÉCHAUD

La Présidente

Karine STECK

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