

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3284/2008

ATAS/148/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 16 février 2010

En la cause

Monsieur M_____, domicilié à GENEVE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Eric MAUGUE

demandeur

contre

ALLIANZ SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES, sise avenue du
Bouchet 2, GENEVE

défenderesse

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Christine
TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur M_____ (ci-après : l'assuré ou le demandeur), né en 1955, a travaillé dès le 1^{er} juillet 2006 comme trader et vice président de la société X_____ SA (ci-après : X_____). À ce titre, il était assuré en perte de gain dans le cadre d'une assurance-maladie collective souscrite par son employeur auprès d'ALLIANZ SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES (ci-après : ALLIANZ). Par ailleurs, depuis le 2 février 2004, il était inscrit au Registre du commerce (RC) en tant que titulaire de la raison individuelle C. M_____, Y_____ dont le but était le conseil ainsi que le courtage dans les domaines financiers et de placement.
2. Le 27 novembre 2007, X_____ a confirmé à l'assuré qu'il avait résilié son contrat de travail, le 12 novembre 2007, avec effet au 31 mai 2008 et qu'il était libéré de ses obligations contractuelles dès le 30 novembre 2007, sous réserve de tout nouveau contrat le liant à elle.
3. Le même jour, l'assuré a été inscrit au RC en tant qu'associé gérant avec signature individuelle de l'entreprise Z_____ SARL (ci-après : Z_____) dont le but était le développement d'activités commerciales, le conseil et l'apport d'affaires dans le domaine financier. L'autre associé gérant avec signature individuelle était Monsieur N_____.
4. Le 15 avril 2008, X_____ a adressé à ALLIANZ un avis de maladie concernant l'assuré précisant que celui-ci avait cessé le travail dès le 4 avril 2008 et que son salaire annuel s'élevait à 200'000 fr.
5. Dans un rapport du 25 avril 2008, le Dr A_____, spécialiste en médecine interne FMH, a diagnostiqué un état dépressif moyen sans symptôme somatique dont les premiers signes étaient apparus en été 2007. Il a attesté une incapacité de travail entière dès le 4 avril 2008 pour une durée indéterminée.
6. Il résulte du procès-verbal du 10 juin 2008 relatif à un entretien entre l'inspecteur de sinistres d'ALLIANZ et le directeur de X_____ que lorsque celui-ci était entré en fonction, il avait voulu développer cette nouvelle entreprise et avait proposé à l'assuré de rejoindre son équipe, tout en l'autorisant à poursuivre en parallèle ses propres activités au sein de sa propre société. Au vu des résultats insuffisants de l'assuré et de la volonté de redimensionner la société par rapport aux coûts et revenus, il s'était séparé de celui-ci, le 27 novembre 2007 (recte : le 12 novembre) avec effet au 31 mai 2008. Il avait accepté d'établir un contrat annexe aux termes duquel il mettait à disposition de l'assuré un capital de 100'000 dollars avec lequel celui-ci avait pu continuer à investir en bourse. En cas de bénéfice sur ce capital, ce dernier aurait été partagé.

7. Le 19 juin 2008, l'assuré a été convoqué par ALLIANZ afin d'obtenir des informations complémentaires. Lors de son audition par l'inspecteur de sinistre, il a précisé qu'après la libération de ses obligations professionnelles auprès de X_____, il avait disposé d'une certaine somme pour continuer à travailler sur les marchés boursiers et que le capital ayant été perdu, il n'avait pas pu continuer cette activité à partir de février 2008. De plus, il avait fermé l'entreprise M_____ SR Y_____ en décembre 2007. S'agissant d'Z_____, un de ses amis et ancien collègue, Monsieur N_____, désirait créer une société en Suisse, en 2007, de sorte qu'il avait accepté d'en être l'administrateur et de localiser l'entreprise à Genève. Il a indiqué n'avoir pas d'autres activités et ne pas percevoir de salaire au sein de Z_____. Il possédait un bail commercial à Genève, adresse à laquelle il n'y avait plus aucune activité économique. Toutefois il ne pouvait résilier le bail que dès le 30 septembre 2008. Il disposait d'une couverture perte de gain en maladie et accidents à son nom auprès de la ZURICH ASSURANCES.
8. Dans un rapport d'expertise du 1^{er} juillet 2008 demandée par ALLIANZ, le Dr B_____, psychiatre et psychothérapeute FMH, a précisé que, selon l'assuré, son licenciement au 30 novembre 2007 lui avait provoqué un gros traumatisme, car il ne s'y attendait pas, avec mal-être et idées de suicide intenses. De plus, au mois de septembre 2007, un examen avait mis en évidence de nombreux polypes intestinaux, dont un de nature suspecte, qui avait été enlevé au mois de février. L'expert a fait état d'une incapacité de travail entière depuis le 4 avril 2008. Il a constaté l'évolution favorable d'une décompensation psychique très sévère avec encore une fragilité thymique sous-jacente ainsi qu'une pathologie anxieuse encore assez importante handicapant l'assuré pour toute activité professionnelle. Il a diagnostiqué des troubles de l'adaptation avec réaction mixte prolongée, dépressive et anxieuse, actuellement plutôt anxieuse. Il a mentionné un traitement médicamenteux antidépresseur prescrit depuis trois mois, une consultation mensuelle chez le Dr A_____ et, depuis quelques temps, une psychanalyse à raison de trois séances par semaine. Il a estimé qu'à la fin septembre 2008, l'expertisé serait à nouveau capable d'exercer une activité à 100% dans ses domaines de compétences.
9. Par courrier du 4 juillet 2008, ALLIANZ a informé l'assuré qu'il retenait une capacité résiduelle de travail de 50% dès lors qu'en sa qualité d'administrateur d'Z_____, il exerçait une activité professionnelle. En vertu du délai d'attente de 30 jours, la prise en charge débutait le 4 mai 2008 et prendrait fin le 20 septembre 2008 au vu des conclusions de l'expertise du Dr B_____.
10. Le 8 juillet 2008, ALLIANZ a versé une indemnité journalière de 547 fr. 95 pour la période du 4 mai au 30 juin 2008 en raison d'une incapacité de travail de 50%, soit 8'220 fr. Puis, le 4 août 2008, elle a versé une indemnité journalière du 30 juillet au 31 août 2008, toujours sur la base d'une incapacité de travail de 50%, soit 9'042 fr. Elle a précisé avoir compensé le mois de mai 2008, dont le salaire avait été versé

intégralement par l'employeur, avec les indemnités dues pour le mois de juillet 2008.

11. Le 6 août 2008, l'assuré a contesté la position d'ALLIANZ, car il ne réalisait absolument aucune activité pour la société Z_____. Il a confirmé que son employeur s'était acquitté du salaire jusqu'à fin mai 2008 de sorte qu'ALLIANZ était tenue, en vertu de ses obligations contractuelles, de lui verser des indemnités journalières pour incapacité de travail à raison de 100% dès le 1^{er} juin 2008.
12. Le 11 août 2008, ALLIANZ a demandé à l'assuré de lui communiquer le compte d'exploitation, le bilan et la déclaration des salaires AVS depuis la création de la société Z_____ jusqu'à ce jour.
13. Par demande en paiement formée le 15 septembre 2008 devant le Tribunal de céans, l'assuré conclut, sous suite de dépens, au paiement par ALLIANZ de la somme de 60'301 fr. 95, sous déduction de 8'220 fr. versés le 8 juillet 2008 et 9'042 fr. versés le 4 août 2008 avec intérêts à 5% à compter du 1^{er} août 2008, ainsi que le paiement de 2'000 fr. à titre d'indemnités pour frais et honoraires d'avocats hors procédure. Il produit le bilan ainsi que le compte provisoire de pertes et profits de la société Z_____ du 1^{er} novembre 2007 au 10 août 2008, datés du 25 août 2008, qui font apparaître, notamment un bénéfice brut de 8'101 fr. (courtage de 14'180 fr. 66 sous déduction de 6'079 fr. 55 concernant GL Trade) et des charges de 25'779 fr. 75, notamment avec des frais de personnel de 5'496 fr. et de loyer de 10'740 fr., soit au final une perte de 17'678 fr. 64. Il précise que les déclarations AVS ne seront établies qu'en fin d'année et qu'il les produira ultérieurement. Il observe que le comptable de la société peut être entendu pour confirmer qu'il n'a réalisé aucune activité durant son arrêt maladie. Il indique être toujours en incapacité complète de travail et avoir adressé régulièrement les certificats médicaux à ALLIANZ qui, toutefois, n'a procédé à aucun versement pour le mois de septembre 2008. Il allègue qu'au vu de la valeur probante entière du rapport d'expertise du Dr B_____, le refus de prêter de l'intimée est totalement infondé dès lors que le simple fait de figurer au RC en qualité d'associé gérant d'une société ne permet pas de remettre en doute l'appréciation de l'expert. Il confirme n'exercer aucune activité pour la société Z_____. Il conteste la compensation effectuée par la défenderesse entre les indemnités journalières dues pour le mois de juillet 2008 et le salaire versé par l'employeur en mai. S'agissant du paiement de dommages et intérêts relatifs aux frais et honoraires avant procédure pour l'activité déployée par un conseil, il relève que la défenderesse est en demeure fautive puisqu'elle a d'abord refusé de prêter sans aucun motif, puis s'est écartée de manière totalement insoutenable de l'expertise qu'elle a mise en oeuvre.
14. Dans sa réponse du 14 novembre 2008, la défenderesse a conclu à la production par le demandeur de toutes pièces nécessaires pour déterminer l'existence ou l'inexistence d'une activité professionnelle au sein de Z_____ et/ou la recherche d'un

nouvel emploi après la résiliation des rapports de travail par X_____. Elle s'est étonnée que le demandeur ait accepté le statut d'associé gérant alors qu'il n'effectuait aucune activité pour la société Z_____ en relevant que, dans cette hypothèse, il ne pouvait être qu'associé sans droit de signature. De plus, compte tenu de son statut, il avait vraisemblablement exercé une activité dans cette société en tout cas jusqu'au 3 avril 2008. Etant donné que le contrat de travail avec X_____ avait pris fin au 30 mai 2008, il convenait d'admettre que, dès le 1^{er} juin 2008, soit le demandeur avait travaillé exclusivement pour Z_____, soit il n'avait fait aucune démarche pour retrouver du travail et n'avait plus d'activité d'associé gérant, ce qui signifiait qu'il ne désirait plus travailler. Dans les deux cas, les prestations en perte de gain prenaient fin au 30 mai 2008. Si le demandeur s'était inscrit au chômage, elle devrait verser l'indemnité journalière durant la période d'incapacité de travail justifiée, soit au plus tard jusqu'au 30 septembre 2008. Elle a requis un délai supplémentaire pour prendre une décision définitive au vu des documents que le demandeur devait produire.

15. Dans sa réplique du 15 décembre 2008, le demandeur a précisé qu'il avait retrouvé une pleine capacité de travail à partir du 1^{er} octobre 2008 et qu'il s'était inscrit auprès de l'assurance-chômage en date du 20 octobre 2008. Z_____ n'avait versé aucun salaire, ni à lui, ni à des tiers. Le montant de 5'496 fr. correspondait à des acomptes AVS fixés en fonction du chiffre d'affaires annoncé en début d'exercice. Il n'y avait pas de déclaration de salaire, ni de liste de salariés dès lors que cette société n'avait aucune main d'œuvre. Il a relevé que, sur les huit premiers mois de son activité, Z_____ affichait une perte de 17'678 fr. 64 ce qui rendait improbable une substitution de son activité en faveur de X_____ par un emploi auprès de Z_____. Il s'en est rapporté à justice quant à l'opportunité de condamner la défenderesse à une amende pour téméraire plaideur. Il a persisté dans ses conclusions précédentes.
16. Dans sa duplique du 18 février 2009, la défenderesse a considéré comme curieux qu'une société commercialement active n'ait aucun salarié. Elle a relevé que le demandeur avait vendu ses parts de la société Z_____ à son co-associé, avec effet au 17 décembre 2008, et que les comptes individuels AVS dont elle avait obtenu la production, le 6 février 2009, ne faisaient pas état de salaires et revenus obtenus en 2008. Elle s'est étonnée que le demandeur ait radié l'inscription de sa raison individuelle, au début de l'année 2008, alors qu'elle lui rapportait un revenu annuel en qualité d'indépendant de 169'500 fr. Elle a allégué que l'absence de recherches d'emploi, entre la date de licenciement du demandeur et le 4 avril 2008, confirmait qu'il désirait vraisemblablement remplacer son activité salariée et indépendante par sa seule activité au sein de Z_____, d'autant plus qu'il ne s'était inscrit au chômage qu'en octobre 2008. Par conséquent, le droit aux prestations était limité au 30 mai 2008, puisqu'après cette date, le demandeur ne subissait aucune perte de gain du fait du contrat de travail auprès de X_____. Elle a persisté dans ses conclu-

sions précédentes et a requis, de plus, la production de l'intégralité du dossier du demandeur auprès de la Caisse de chômage UNIA GENEVE.

17. Par ordonnance du 9 avril 2009, le Tribunal de céans a ordonné l'apport du dossier complet de la Caisse UNIA GENEVE et a réservé la suite de la procédure.
18. Le 21 avril 2009, le Tribunal a reçu de la Caisse ledit dossier faisant ressortir que, le demandeur s'est inscrit à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE), le 20 octobre 2008. Il a requis des indemnités de chômage dès le 1^{er} octobre 2008 en indiquant qu'il était disposé à travailler à plein temps, qu'il n'obtenait aucun revenu d'une activité salariée ou indépendante, qu'il avait cessé une activité indépendante au cours des deux dernières années et qu'il avait été en arrêt de travail du 4 avril au 1^{er} octobre 2008. Dans un courrier du 22 novembre 2008, le demandeur a précisé n'avoir jamais reçu aucun salaire, revenu direct ou bonus de la société Z_____. Les décomptes de salaire de X_____, notamment pour les mois d'avril et mai 2008, font état du paiement de cotisations aux diverses assurances sociales en tant que salarié. Par décision du 5 février 2009, l'OCE a nié le droit du demandeur à une indemnité du 20 octobre au 17 décembre 2008, mais lui a reconnu un tel droit dès le 18 décembre 2008. Il a relevé que l'intéressé avait commencé à faire des recherches personnelles d'emploi dès octobre 2008, à raison d'environ six démarches par mois. Les cotisations AVS, versées par Z_____ à titre de frais de personnel, s'étaient élevées à 5'496 fr. selon le bilan intermédiaire du 10 août 2008. Il avait démissionné de son poste d'administrateur, le 17 décembre 2008, cédé ses actions à son associé et commencé des recherches de travail dès le 23 octobre 2008, car il savait qu'il ne travaillerait jamais pour Z_____, le but de cette dernière étant de permettre à son associé de s'installer à Genève et d'acheter sa maison.
19. Le 5 mai 2009, le demandeur a fait incident au motif que la défenderesse avait transmis son mémoire de duplique du 18 février 2009 hors délai, puisque le Tribunal de céans avait accordé une prolongation de délai à cet effet jusqu'au 16 février 2009 et que la nouvelle demande de prolongation de délai présentée par la défenderesse, le même jour, avait été rejetée par le Tribunal, le 17 février 2009. Il a conclu à ce que ledit mémoire et le chargé de pièces l'accompagnant soient écartés de la procédure.
20. Par arrêt incident du 19 mai 2009 (ATAS/604/2009), expédié le 28 mai 2009, le Tribunal de céans a admis sa compétence et a rejeté l'incident. Il a considéré que ce serait faire preuve de formalisme excessif que de sanctionner le fait de ne pas avoir dupliqué dans le délai, mais seulement dès réception du refus de la nouvelle prolongation de délai.
21. Par écriture du 29 mai 2009, la défenderesse s'est opposée à la demande incidente. En outre, après avoir consulté le dossier de la Caisse de chômage, elle a relevé que cette dernière avait déclaré le demandeur inapte au placement du 20 octobre au 17

décembre 2008, au motif qu'il occupait une position assimilable à celle d'un employeur au sein de Z_____.

22. Le 9 juin 2009, le Tribunal de céans a procédé à l'audition de Monsieur O_____, comptable de Z_____, qui a déclaré avoir constaté que la société avait développé une certaine activité dans les premiers mois de sa création. Elle avait enregistré deux ou trois entrées de fonds grâce à des courtages, puis son activité s'était complètement arrêtée dès juin 2008. Les associés gérants avaient exercé une activité dans la société, mais n'avaient perçu aucun salaire vu les résultats de cette dernière. Le demandeur avait cédé sa part à Monsieur N_____ en raison des mauvais résultats de la société. Ce dernier était en train de vendre la société. Les deux associés gérants avaient leurs deux bureaux équipés dans les locaux loués par Z_____ à la rue Voltaire. La rubrique « frais de personnel » figurant sur le CPP correspondait à deux acomptes AVS calculés sur la base d'un salaire global estimé à 20'000 fr. pour un trimestre, toutefois aucun salaire n'avait été versé.
23. Lors de la comparution personnelle des parties qui s'en est suivie, le demandeur a expliqué n'avoir jamais pu développer comme il l'aurait souhaité son activité au sein de Z_____, en raison de sérieux problèmes de santé, ainsi que d'une dépression réactionnelle à ces problèmes et à son licenciement par X_____. A sa connaissance, Monsieur N_____ n'avait pas d'autre activité lucrative et s'occupait de son installation à Genève. Il a indiqué avoir résilié le bail des locaux sis à Genève et avoir rendu les clés. Il allait produire le contrat de bail et le courrier de résiliation de ce dernier. Il a précisé avoir activement cherché du travail dès novembre 2008 et avoir été engagé au 1^{er} juin 2009 par une banque. Il n'avait pas effectué de recherches d'emploi dès novembre 2007, car il avait reçu son salaire par X_____ jusqu'au 31 mai 2008 et s'était retrouvé en incapacité de travail totale dès le 4 avril 2008.

Sur quoi, le Tribunal a fixé un délai au demandeur pour produire les documents mentionnés.

24. Le 7 juillet 2009, le demandeur a communiqué lesdites pièces, notamment une résiliation de bail du 21 juillet 2008 et une lettre de la régie du 2 septembre 2008 acceptant une résiliation au 30 septembre 2008.
25. Dans son écriture après enquêtes du 28 juillet 2009, la défenderesse a allégué qu'il ressortait des déclarations du comptable que les deux associés avaient une activité commerciale au sein de Z_____, ce qui établissait que le demandeur avait eu l'intention de renoncer à toute autre activité lucrative que celle exercée au sein de Z_____. Etant donné que le demandeur n'arrivait pas à démontrer son intention, de l'époque, de continuer après le 30 mai 2008, à exercer deux activités lucratives, l'une en tant que salarié et l'autre pour son propre compte, le gain n'était constitué à cette date que du salaire qu'il aurait pu gagner dans cette dernière activité. La dé-

fenderesse a estimé avoir versé à tort une indemnité journalière du 1^{er} juin au 30 août 2008 d'une valeur totale de 17'262 fr. et a considéré être en droit d'en réclamer le remboursement à titre d'enrichissement illégitime. Elle a dès lors modifié ses conclusions précédentes en requérant que le demandeur soit condamné à lui rembourser la somme de 17'264 fr.

26. Dans son écriture après enquêtes du 4 novembre 2009, le demandeur a considéré que l'argument de la défenderesse, selon laquelle elle n'avait pas à l'indemniser, au motif qu'à la fin de ses relations contractuelles avec X_____, il aurait eu l'intention de se consacrer exclusivement à Z_____, était insoutenable. Il a rappelé que Z_____ ne générerait aucun revenu, de sorte qu'il n'avait pas pu exercer une seconde activité qualifiée de lucrative et qu'on ne saurait sérieusement prétendre qu'il ait pu envisager un seul instant de se consacrer exclusivement à l'activité de cette société. Il a persisté intégralement dans ses conclusions précédentes.
27. Le 6 novembre 2009, le Tribunal de céans a communiqué cette écriture à la défenderesse et, sur ce, a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. Dans son arrêt incident du 19 mai 2009, le Tribunal a déjà examiné la question de sa compétence, de sorte qu'il n'y a pas lieu de revenir sur cette question.
2. L'assurance en cause est une assurance perte de gain en cas de maladie soumise à la LCA, ce qui est confirmé par l'art. 1 let. c des conditions générales (CG).
3. La LCA a subi des modifications. La nouvelle du 17 décembre 2004 (FF 2003 3353), est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, respectivement le 1^{er} janvier 2007. Cependant, du point de vue temporel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits. Dès lors les dispositions de la LCA seront citées dans leur teneur en vigueur au moment des faits déterminants, à savoir postérieurement au 1^{er} janvier 2007 (cf. ATF 130 V 446 consid. 1 et ATF 129 V 4 consid. 1.2).
4. Le présent litige porte sur le droit du demandeur à une indemnité journalière à 100% durant son incapacité de travail. La défenderesse ne conteste pas l'existence d'une incapacité de travail entière du 4 avril au 30 septembre 2008. En revanche, elle a opéré une compensation entre les prestations dues pour le mois de juillet et celles versées à l'employeur pour le mois de mai 2008. De plus, elle conteste le droit du demandeur à ladite indemnité à partir du 1^{er} juin 2008 au motif qu'il n'avait pas alors l'intention de reprendre une activité salariée. Par conséquent le litige concerne les périodes du 4 mai au 30 septembre 2008.
5. Pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal, les cantons prévoient une procédure simple et

rapide dans laquelle le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves (art. 85 al. 2 LSA). En introduisant cet allègement de procédure, le législateur s'est inspiré des dispositions de droit fédéral motivées par des buts de politique sociale en matière de baux à loyer (art. 274d CO), de baux à ferme (art. 301 CO) et de contrats de travail (art. 343 CO; ATF 127 III 421 consid. 2 et les références). Selon la jurisprudence rendue en matière de contrat de travail et de bail, 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 p. 238).

Par ailleurs, la maxime inquisitoire laisse le juge libre dans sa manière d'apprécier les preuves et ne lui interdit pas de renoncer à un moyen de preuve par appréciation anticipée. Ni la maxime inquisitoire, ni d'ailleurs le droit à la preuve d'une partie ne sont violés lorsque le juge refuse une mesure probatoire parce qu'il est déjà convaincu qu'une allégation de fait a été établie ou réfutée (en matière de droit à la preuve, ATF 129 III 18 consid. 2.6 et les arrêts cités). Le principe de la libre appréciation des preuves signifie que le juge apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Dès lors, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (ATF 4A_253/2007 du 13 novembre 2007, consid. 4.2)

Au surplus, la maxime inquisitoire sociale ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve (arrêt 4C.185/2003 du 14 octobre 2003, consid. 2.1). Pour toutes les prétentions fondées sur le droit civil fédéral, l'art. 8 CC, 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 (arrêt du Tribunal fédéral 4C.386/2006 du 18 avril 2007 consid. 4.1, non publié in ATF 133 III 323 et ATF 130 III 321 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 et ATF 128 III 271 consid. 2b/aa). Ainsi, lorsque l'appréciation des preuves le convainc de la réalité ou de l'inexistence d'un fait, la question de la répartition du fardeau de la preuve ne se pose plus (ATF 128 III 271 consid. 2b/aa). Si, à l'issue de l'appréciation des preuves, le juge reste dans le doute, il ne doit appliquer

l'art. 8 CC que s'il n'existe pas une règle spéciale de droit fédéral instituant une présomption (ATF 130 III 321 consid. 3.1). Dès lors qu'il conclut qu'une preuve est apportée, le juge n'a plus à appliquer des règles sur le fardeau de la preuve, à l'exemple de l'art. 8 CC, ou des règles instituant des présomptions.

6. 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 qui relèvent de la liberté contractuelle des parties hormis quelques dispositions impératives en matière d'indemnité journalière (ATF 124 V 201 consid. 3d; ATAS/1104/2006). La LCA ne contient pas de règle d'interprétation des contrats. Comme l'art. 100 LCA renvoie au Code des obligations (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse - CO; RS 220) pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même, la jurisprudence en matière de contrats est applicable. 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; ATF 117 II 609 consid. 6c).
7. En l'espèce, X_____ en tant que preneur d'assurance et la défenderesse en qualité d'assureur ont conclu un contrat d'assurance-maladie collective pour l'indemnité journalière selon la LCA. Par cette convention, le demandeur était couvert pour le risque de perte de gain dû à la maladie. Il s'agit d'une assurance au profit de tiers (cf. art. 18 al. 3 LCA), qui confère un droit propre au bénéficiaire (i.e. le travailleur) contre l'assureur en vertu de l'art. 87 LCA (ATF non publié du 12 septembre 2007, 4A_179/2007, consid. 4.2).

S'agissant d'un contrat soumis à la LCA, il convient en premier lieu de déterminer si, sur la base des conditions convenues, on est en présence d'une incapacité de gain (cf. STOESSEL, Commentaire bâlois, n. 6 ss ad art. 3 LCA; RVJ 1996 p. 257 consid. 8a).

La police d'assurance-maladie collective 2005 (T461062192) prévoit une couverture d'assurance de tout le personnel de l'entreprise. Quant aux prestations assurées, elle précise qu'il s'agit d'une indemnité journalière perte de gain en cas de maladie correspondant à 100% du salaire assuré à raison au maximum de 200'000 fr. par personne et par année, durant 730 jours par cas et après déduction d'un délai d'attente de 30 jours.

Selon les CG (édition 2005) régissant l'assurance maladie collective d'ALLIANZ, l'assurance couvre, dans le cadre des dispositions contractuelles, les conséquences économiques d'un événement assuré (art. 1). La maladie est toute atteinte involontaire à la santé qui requiert un traitement et qui n'est pas la conséquence d'un accident ou des suites d'un accident (art. 3 ch. 1). Il y a incapacité de travail lorsque la

personne assurée est totalement ou partiellement incapable d'exercer sa profession ou une autre activité lucrative que l'on peut raisonnablement attendre d'elle (art. 4) La couverture d'assurance de chaque assuré prend fin, pour toutes les prestations assurées pour lui, notamment par la fin des rapports de travail (art. 9 ch. 1 let. c). Dans les cas relevant de l'art. 9 ch. 1 let a et c, la société ne verse l'indemnité journalière que pour les cas provoquant une incapacité de travail au moment de la fin de la protection d'assurance. Cette extension de la durée des prestations est accordée dans de tels cas jusqu'à l'expiration de la durée des prestations prévue dans le contrat, mais au plus tard jusqu'au début de la rente LPP. Toutefois, l'octroi de cette extension est soumis à la condition que l'incapacité de travail persiste de manière ininterrompue en étant due à la même cause et en atteignant le même degré que précédemment (art. 10 ch. 1 paragr. 1)

En vertu des conditions complémentaires pour l'indemnité journalière de maladie (CC; édition 2005), l'indemnité journalière se calcule en fonction du degré de l'incapacité de travail attestée médicalement. Une incapacité de travail de moins de 25% ne donne pas droit à une indemnité journalière (art. 4 ch.1). Si la personne assurée est au chômage, au sens de l'art. 10 LACI, la société verse la moitié de l'indemnité journalière en cas d'incapacité de travail de plus de 25%, l'indemnité journalière entière en cas d'incapacité de travail de plus de 50%, ceci à condition que l'assurance-chômage doive réduire ses prestations selon les normes légales (art. 4 ch. 2). L'indemnité journalière est calculée d'après le salaire déterminant pour le calcul de la prime. Elle est limitée toutefois à la perte de gain effective. Est déterminant pour le calcul des indemnités journalières le dernier salaire AVS touché avant le début de la maladie, ce salaire étant converti en salaire annuel et divisé par 365. L'indemnité journalière ainsi calculée est versée pour chaque jour civil (art. 5 ch. 1 paragr. 1). Un salaire provenant d'une autre activité n'est pas pris en considération (art. 5 ch. 1 paragr. 4).

En définitive, il ressort clairement des dispositions contractuelles de la défenderesse qu'il y a incapacité de travail lorsque l'assuré est totalement ou partiellement incapable d'exercer son activité professionnelle suite à une maladie (art. 4 CG) et que l'indemnité journalière est due pendant la durée prévue contractuellement pour chaque cas de maladie, lorsque l'incapacité de travail a subsisté sans interruption pendant le délai d'attente contractuel (art. 2 et 3 CC). En cas de fin des rapports de travail, l'assuré a droit à la poursuite du versement de l'indemnité journalière pour autant que l'incapacité de travail persiste de manière ininterrompue, au même degré, et qu'elle soit due à la même cause.

8. La défenderesse ne conteste pas que le demandeur remplisse toutes ces conditions, mais allègue qu'il n'a pas droit à des prestations au motif qu'il n'arrive pas à démontrer son intention, après le terme de son contrat de travail, de continuer à avoir une activité salariée.

D'après la jurisprudence (ATF 127 III 106 consid. 3b), dans une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA, la seule limite que connaisse la couverture réside non dans la fin des relations contractuelles, mais dans la durée des prestations convenues (MEUWLY, La durée de la couverture d'assurance privée, thèse Fribourg 1994, p. 185). Selon ce dernier auteur (op. cit, 150-151), le principe qui régit la couverture d'assurance-maladie complémentaire se fonde sur la survenance du dommage donnant suite à la réalisation d'une atteinte à la personne assurée. C'est en définitive le moment de cette survenance qui dicte la couverture ou son absence : si elle se situe à l'intérieur de la période où le contrat produit ses effets de protection, les prestations conventionnelles devront être versées, car le sinistre sera intervenu pendant la garantie accordée par l'assureur. Il en résulte qu'une fois la couverture d'assurance accordée sur la base de ce principe, l'ensemble des prestations doit être fourni par l'assureur, quelle que soit leur durée. Peu importe qu'elles coïncident avec la durée du contrat ou la durée de garantie du contrat, ou qu'elles se prolongent au-delà de l'échéance du contrat. On se situe désormais dans la phase de la couverture du sinistre et l'essentiel réside dans l'indemnisation intégrale de l'assuré ou de l'ayant droit. La couverture d'assurance si elle n'a pas été épuisée avant l'échéance du contrat, se poursuit donc par-delà cette limite.

En vertu de l'art. 2 ch. 1 des conditions complémentaires, le droit aux prestations prend effet lorsque l'incapacité de travail a subsisté sans interruption pendant le délai d'attente, soit en l'occurrence dès le 4 mai 2008. Par conséquent, la survenance du dommage a eu lieu dans la période où le contrat déployait ses effets, puisque les relations contractuelles entre X_____ et le demandeur ont pris fin, le 31 mai 2008. Partant, la défenderesse doit verser l'ensemble de ses prestations jusqu'à la fin de l'incapacité de travail à 100%, soit jusqu'au 30 septembre 2008.

La couverture d'assurance étant donnée, on peine à comprendre la position de la défenderesse dès lors que, selon l'art. 33 LCA, l'assureur répond de tous les événements qui présentent le caractère du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue, à moins que le contrat n'exclue certains événements d'une manière précise, non équivoque. Or, aucune disposition de ses CG ou CC ne prévoit la possibilité de réduire les prestations lorsque la couverture d'assurance est donnée, en dehors des cas de l'art. 13 CG (inobservation des obligations contractuelles, maladie provoquée par une faute grave, atteintes à la santé dues seulement en partie à des maladies assurées) qui ne sont pas réalisés et du cas de l'art. 4 ch. 2 CC concernant l'assuré au chômage au sens de l'art. 10 LACI. Toutefois, en l'occurrence, le demandeur n'était pas au chômage au sens de cette disposition, puisqu'en raison de son incapacité de travail entière, il ne recherchait pas une activité et ne s'était pas annoncé à l'OCE aux fins d'être placé. De plus, il n'était pas apte au placement (art. 15 LACI). Enfin, ses conditions contractuelles n'exigent nullement, dans le cas de l'extension de la durée des prestations, que l'assuré continue à avoir un statut de salarié pour continuer à verser ses prestations, d'autant plus que l'art. 5 ch. 1 paragr. 4 CC prévoit qu'un salaire provenant d'une autre activité n'est pas pris en

considération dans le calcul de l'indemnité journalière. Par conséquent, s'il n'est pas tenu compte d'un tel salaire dans le calcul de l'indemnité journalière, on ne voit pas comment la défenderesse pourrait refuser de verser des prestations lorsqu'un assuré exerce une activité accessoire, voire exclusivement une activité accessoire après son licenciement, puisque le revenu de cette activité n'a pas d'incidence sur l'indemnité journalière. Enfin, on ne distingue pas en quoi cette activité pour la société Z_____ a l'importance que la défenderesse veut lui donner puisque, de toute façon, le demandeur exerçait une activité mixte de salarié et d'indépendant depuis juillet 2006, sans que cela n'empêche la défenderesse de le couvrir en assurance-maladie collective. Par ailleurs, ainsi qu'il ressort des déclarations du comptable de Z_____, cette dernière a arrêté toute activité en tout cas depuis le mois de juin 2008 de sorte que, de toute façon, il n'est pas possible d'admettre que le demandeur exerçait encore à cette date une activité accessoire.

De toute façon, le fait que le demandeur ne se soit pas annoncé à l'assurance-chômage avant la fin de son incapacité de travail ne permet nullement de retenir qu'il avait l'intention de mettre un terme à son statut partiel de salarié. En effet, on ne voit pas comment un assuré dont l'incapacité de travail a été reconnue passagèrement comme totale dans toute activité pour des raisons psychiques pourrait être déclaré apte au placement par l'assurance-chômage et avoir les ressources psychiques de rechercher un emploi avant la fin de son incapacité de travail. Le fait que le demandeur n'ait pas recherché d'emploi entre son licenciement au mois de novembre 2007 et l'échéance de son contrat à fin mai 2008 est tout aussi peu pertinent, puisqu'il était en incapacité de travail totale depuis le 4 avril 2008, soit deux mois avant la fin des relations contractuelles. Le demandeur conteste également, à juste titre, la compensation effectuée par la défenderesse entre les indemnités journalières versées à l'employeur du 4 au 31 mai 2008 et celles dues du 1^{er} au 29 juillet 2008. En effet, le fait que l'employeur ait versé directement un salaire à son employé pour le mois de mai, n'exclut pas le remboursement de ce montant par la défenderesse, puisque le but même de l'assurance pour indemnité journalière est de dispenser l'employeur de verser un salaire pendant l'incapacité de travail. Par conséquent, la défenderesse ne pouvait pas limiter ses prestations de cette façon.

Etant donné que l'employeur a versé un salaire dès la fin du délai de carence de 30 jours (4 mai) jusqu'à la fin des relations contractuelles (31 mai), le demandeur ne subit pas de perte de gain en raison de sa maladie durant cette période, ainsi que l'exige l'art. 1 des conditions complémentaires pour le droit à une indemnité journalière. En définitive, le demandeur a droit à une indemnité journalière de 547 fr. 95 du 1^{er} juin au 30 septembre 2008, soit pendant 122 jours, ascendant au total à 66'849 fr. 90, sous déduction de 8'220 fr. versés au début juillet 2008 et de 9'042 fr. versés au début août 2008, ce qui représente un montant final de 49'587 fr. 90 (66'849.90 - 8'220 - 9'042).

-
9. S'agissant des intérêts moratoires, l'art. 41 al. 1 LCA dispose que la créance qui résulte du contrat est échue quatre semaines après le moment où l'assureur a reçu les renseignements de nature à lui permettre de se convaincre du bien-fondé de la prétention. La LCA ne contient toutefois pas de dispositions sur la demeure, laquelle est dès lors régie, en vertu de l'art. 100 al. 1 LCA, par les art. 102 ss CO. Le débiteur d'une obligation est en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO); lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour (art. 102 al. 2 CO). L'intérêt moratoire - de 5 % l'an (art. 104 al. 1 CO) - est dû à partir du jour suivant celui où le débiteur a reçu l'interpellation (ATF 103 II 102 consid. 1a) ou, en cas d'ouverture d'une action en justice, dès le lendemain du jour où la demande en justice a été notifiée au débiteur (ATF 98 II 23 consid. 7; THEVENOZ, in Commentaire romand du Code des obligations I, n° 9 ad art. 104 CO).

En l'espèce, le contrat liant les parties ne prévoit pas le délai dans lequel les indemnités doivent être versées, de sorte que la créance est échue quatre semaines après la réception des renseignements, conformément à l'art. 41 LCA. Dès lors, la défenderesse ne doit des intérêts moratoires au demandeur qu'à partir du moment où elle a été interpellée par celui-ci (art. 102 al. 1 CO). Le demandeur a interpellé la défenderesse par courrier du 6 août 2008 en lui fixant un délai au 15 août 2008 pour le versement de ses prestations, faute de quoi, il agirait en justice. Par conséquent, les intérêts moratoires sont dus dès le 15 août 2008 pour les prestations échues à la date de l'interpellation et, pour les prestations subséquentes, dès la fin du mois suivant celui pour lequel les indemnités sont exigibles, soit pour le 50% restant du mois d'août dès le 1^{er} octobre 2008 et pour le mois de septembre dès le 1^{er} novembre 2008.

10. Dans un deuxième moyen, le demandeur réclame la prise en charge de ses frais d'avocat estimés à 2'000 fr. pour la période précédant la procédure judiciaire.

La juridiction administrative peut, sur requête, allouer à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause, une indemnité pour les frais indispensables causés par le recours (art. 87 al. 2 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA; RS E 5 10). Une indemnité est allouée au recourant qui obtient gain de cause. (art. 89H al. 3 LPA).

L'autorité cantonale chargée de fixer l'indemnité de dépens jouit d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 111 V 49 consid. 4a). Le recourant qui obtient gain de cause a droit à des dépens fixés en fonction du nombre d'échanges d'écritures, de l'importance et de la pertinence des écritures, de la complexité de l'affaire et du nombre d'audiences et d'actes d'instruction (cf. GRISEL, Traité de droit administratif, p. 848). Pour apprécier l'importance du travail et du temps consacré à la

cause, il faut tenir compte du fait que le procès en matière d'assurance sociale est gouverné par la maxime inquisitoire, ce qui, dans de nombreux cas, est de nature à faciliter la tâche du mandataire. Quant à l'activité de celui-ci, elle ne doit être prise en considération que dans la mesure où elle s'inscrit raisonnablement dans le cadre de l'accomplissement de sa tâche, à l'exclusion des démarches inutiles ou superflues. En outre, les démarches que le mandataire a entreprises avant l'ouverture de la procédure n'entrent pas en ligne de compte pour déterminer le montant des honoraires. On tiendra compte, dans ce contexte, des conséquences économiques qu'aura pour l'intéressé l'issue de la procédure (ATF 114 V 87 consid. 4; ATFA non publié I 699/04 du 23 janvier 2006, consid. 2).

L'art. 87 al. 2 LPA permet à la partie qui obtient gain de cause d'obtenir le remboursement de tous les "frais indispensables" qui lui ont été occasionnés. Cette notion large englobe les démarches avant procès, lorsqu'elles sont nécessaires à la préparation de la procédure (ATF 112 Ib 353 consid. 3a).

Les frais liés à l'intervention d'un avocat avant l'ouverture du procès civil constituent un dommage réparable selon le droit de la responsabilité civile seulement dans la mesure où ils ne sont pas compris dans les dépens définis par la procédure cantonale (ATF 97 II 259 c. 5b p. 268; 117 II 101 c. 5 p. 106, 394 c. 3a p. 396). A fortiori, il en va de même pour les frais engagés dans une autre procédure, comme une procédure pénale par exemple; si cette procédure permet d'obtenir des dépens, même tarifés, il n'est alors plus possible de faire valoir une prétention en remboursement des frais de défense par une action ultérieure en responsabilité civile (ATF 112 Ib 353 c. 3a p. 356/357; 117 II 101 c. 5 p. 106). Le même principe s'applique aux frais d'avocat relatifs à un procès civil. Lorsque le droit de procédure civile permet de dédommager la partie de tous les frais nécessaires et indispensables qui lui ont été occasionnés par le procès, ce droit seul est applicable et ne laisse pas place à une action civile séparée ou ultérieure (SJ 1996, p. 299).

Etant donné que les démarches avant procès nécessaires à la préparation de la procédure sont prises en compte pour fixer le montant des dépens judiciaires, la présente demande relative à la prise en charge des frais d'avocat pour la période précédant la procédure judiciaire doit être rejetée.

11. S'agissant de l'opportunité de condamner la défenderesse au paiement d'une indemnité pour téméraire plaideur, l'art. 89H al. 4 LPA prescrit que les débours et un émolument peuvent être mis à la charge de la partie qui agit de manière téméraire ou témoigne de légèreté.

Agit par témérité ou légèreté la partie qui sait ou qui devrait savoir en faisant preuve de l'attention normalement exigible que les faits invoqués à l'appui de ses conclusions ne sont pas conformes à la vérité. En revanche, une partie n'agit pas par témérité ou par légèreté lorsqu'elle requiert du juge qu'il se prononce sur un point

de vue déterminé qui n'apparaît pas d'emblée insoutenable. La témérité doit en outre être admise lorsqu'une partie soutient jusque devant l'autorité de recours un point de vue manifestement contraire à la loi (ATF 124 V 287 consid. 3b et les références).

En l'espèce, même si la défenderesse a soutenu à tort devant le Tribunal de céans que, faute de s'être inscrit au chômage, le demandeur n'avait pas droit à des prestations à partir du 1^{er} juin 2008, il n'y a pas lieu de mettre à sa charge une amende d'ordre. En effet, même si elle n'a pas obtenu gain de cause, la défenderesse n'a pas agi avec témérité, puisque, le seul fait de soutenir une interprétation dépourvue de toute chance de succès, ne relève pas en soi de la témérité.

12. Au vu de ce qui précède, la demande doit être admise. Le demandeur obtenant gain de cause, une indemnité de 2'800 fr. lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 89H al. 3 LPA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Condamne la défenderesse à payer au demandeur un montant de 66'849 fr. 90, sous déduction de 8'220 fr. versés au début juillet 2008 et de 9'042 fr. versés au début août 2008, avec intérêts à 5 % au sens des considérants.
4. Condamne la défenderesse à verser au demandeur une indemnité de 2'800 fr. à titre de dépens.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110) auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) pour ce qui a trait aux prestations relevant de la LAMal et/ou par la voie du recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral (av. du Tribunal fédéral 29, case postale, 1000 Lausanne 14), conformément aux art. 72 ss LTF en ce qui concerne les prestations relevant de la LCA; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Nathalie LOCHER

Doris WANGELER

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral de la santé publique et à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers par le greffe le