

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4159/2017

ATAS/334/2017

**COUR DE JUSTICE**  
**Chambre des assurances sociales**

**Arrêt du 12 avril 2019**

**3<sup>ème</sup> Chambre**

En la cause

Monsieur A\_\_\_\_\_, domicilié chez Madame B\_\_\_\_\_, à  
CONFIGNON, comparant avec élection de domicile en l'étude  
de Maître Fabienne FISCHER

demandeur et  
défendeur  
reconventionnel

contre

AXA ASSURANCES SA, sise General-Guisan-Strasse 40,  
WINTERTHUR, comparant avec élection de domicile en  
l'étude de Maître Michel BERGMANN

défenderesse et  
demanderesse  
reconventionnelle

**Siégeant : Karine STECK, Présidente ; Christian PRALONG et Christine LUZZATTO,  
Juges assesseurs**

---

### EN FAIT

1. Monsieur A\_\_\_\_\_ (ci-après l'assuré), né le \_\_\_\_\_ 1956, a travaillé en tant que couvreur indépendant dès 1980.
2. A partir du 1<sup>er</sup> mars 1999, l'assuré a été couvert, notamment contre la perte de gain en cas de maladie, par WINTERTHUR ASSURANCES SA, devenue ensuite AXA ASSURANCES SA (ci-après l'assurance), en vertu de polices d'assurance régulièrement renouvelées depuis lors.
3. A la suite d'une incapacité de travail médicalement attestée dès le 23 juillet 2007, l'assurance a versé à l'assuré des indemnités journalières à 100% du 23 août au 30 septembre 2007, puis à 50% du 1<sup>er</sup> octobre au 4 novembre 2007 et du 10 décembre 2007 au 29 février 2008.
4. Dans un rapport du 9 octobre 2007, la doctoresse C\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en médecine générale, a diagnostiqué des lombosciatalgies aiguës sur discopathies L4-L5 et L5-S1, apparues en janvier 2007 et exacerbées en juin 2007.
5. La Dresse C\_\_\_\_\_, dans un rapport ultérieur du 18 février 2008, a indiqué que le pronostic était bon, à condition d'éviter le port de charges. Dans le cas contraire, une rechute était à craindre.
6. Le 16 mai 2008, le docteur D\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en rhumatologie, a procédé à une expertise à la demande de l'assurance.

Au plan professionnel, le Dr D\_\_\_\_\_ a noté que l'assuré avait commencé à travailler à 18 ans comme employé dans une entreprise de toiture. Il avait appris le métier de couvreur et de ferblantier, sans obtenir ni diplôme, ni certificat fédéral de capacité. Dès 26 ans, il avait travaillé à son compte comme indépendant, sans ouvrier. Il avait désormais sa propre entreprise, dont il était le seul employé. Son travail impliquait le port de charges lourdes. L'assuré pensait continuer à exercer son métier, mais à temps partiel.

Dans l'anamnèse, l'expert a relevé que l'assuré avait souffert de lombosciatalgies gauches à répétition ayant motivé des périodes d'incapacité de travail de deux semaines par an en moyenne les dernières années. Dans le courant de l'année 2007, il avait ressenti une exacerbation de ces lombosciatalgies, entraînant une incapacité de travail le 24 (*recte* 23) juillet 2007. Une imagerie par résonance magnétique (IRM) lombaire avait montré des discopathies protrusives L4-L5 et L5-S1, avec une protrusion discale L4-L5 au contact de la racine L4 gauche. Le traitement avait permis une reprise de l'activité professionnelle à un taux de 50% dès le 1<sup>er</sup> octobre. Un essai de reprise à temps complet au début novembre s'était soldé par un échec à cause d'une nouvelle exacerbation des douleurs. L'assuré travaillait depuis le 12 novembre à 50%.

Quelques épisodes hebdomadaires de lombosciatalgies disparaissant au repos persistaient. L'assuré parvenait à travailler 4 à 5 heures par jour avec des douleurs jugées tolérables. Il ne pensait pas pouvoir reprendre son travail à 100%, bien qu'il puisse travailler à temps plein 2 à 3 jours d'affilée, à conditions de pouvoir ensuite se reposer pendant 2 à 3 jours.

A l'issue de son examen, l'expert a retenu un diagnostic de lombosciatalgies gauches récidivantes de façon chronique, sans syndrome lombo-vertébral, ni syndrome radiculaire. Il a émis l'avis qu'au vu du status et de l'anamnèse, on pouvait considérer que la capacité de travail de l'assuré était complète dans son emploi. Il y avait toutefois des risques évidents de récurrences pouvant conduire à des périodes d'incapacité de travail de quelques semaines à un taux de 50%, voire 100%. Il serait évidemment préférable que l'assuré puisse exercer une activité n'impliquant ni port de charges lourdes, ni mouvements répétitifs du rachis lombaire, ce qui lui permettrait de travailler à plein temps, avec une diminution du nombre d'épisodes de lombosciatalgies aiguës et du nombre de semaines d'incapacité de travail par année. On pouvait considérer qu'un travail de bureau, dans la vente, ou de représentant de commerce était adapté. Toutefois, comme l'assuré n'avait pas de CFC et qu'un reclassement professionnel n'était pas envisageable, il allait probablement poursuivre son activité actuelle. Celle-ci pouvait raisonnablement se faire dans des conditions correctes, tout en acceptant des périodes d'incapacité de travail de quelques semaines chaque année et une prise en charge médicale.

S'agissant du pronostic, il était possible que les épisodes de lombosciatalgies se rapprochent et se prolongent.

7. Il ressort des comptes de pertes et profits de l'assuré versés au dossier qu'il a réalisé un chiffre d'affaires de CHF 26'749.- en 2008 et consacré un montant de CHF 3'386.50 à la sous-traitance.
8. En raison d'une nouvelle incapacité de travail, dont la Dresse C\_\_\_\_\_ a précisé, le 23 février 2009, qu'elle était imputable à la même affection que celle ayant motivé l'arrêt de travail de juillet 2007, l'assuré a bénéficié d'indemnités journalières à 100% du 31 décembre 2008 au 31 mars 2009, puis à 50% du 1<sup>er</sup> avril 2009 au 18 février 2010.
9. La Dresse C\_\_\_\_\_, dans un rapport du 27 avril 2009, a précisé que le pronostic était satisfaisant à condition de ne pas dépasser 50%.
10. Le 3 juin 2009, la Dresse C\_\_\_\_\_ a confirmé le diagnostic de lombosciatalgies secondaires à des discopathies. Sous la rubrique « reprise », elle a noté que les douleurs augmentaient dès que l'assuré dépassait quatre heures de travail.
11. Le 9 juin 2009, l'assurance a invité l'assuré à déposer une demande de rente auprès de l'assurance-invalidité (AI).

12. Selon ses comptes de pertes et profits, l'assuré a réalisé un chiffre d'affaires de CHF 6'417.- en 2009.
13. Le 4 août 2010, le Dr D\_\_\_\_\_ a rendu un rapport d'expertise à l'attention de l'OAI.

En raison des lombosciatalgies gauches, l'assuré avait connu de nouvelles périodes d'incapacité de travail avec plusieurs essais de reprise de travail de 2008 à fin 2009, se soldant chaque fois par des exacerbations des douleurs et de nouveaux arrêts de travail.

Le diagnostic retenu était celui de lombosciatalgies gauches chroniques dans un contexte de discopathies L4-L5 et L5-S1 et de probable syndrome facettaire gauche L4-L5 et L5-S1, depuis 2007 en tout cas.

L'expert rhumatologue a estimé qu'il n'y avait pas à attendre de modification significative de la situation au long cours. Les lombosciatalgies chroniques pouvaient être exacerbées par les activités physiques que nécessitait l'emploi habituel de l'assuré (port de charges lourdes, travail prolongé en position debout et dans des positions statiques, par exemple en semi-flexion de la colonne, et mouvements répétitifs de la colonne). Ces activités physiques pouvaient conduire à des épisodes de syndrome lombo-vertébral nécessitant des arrêts de travail pouvant se prolonger quelques jours, voire quelques semaines. Il était préférable que l'assuré puisse avoir une activité professionnelle ne nécessitant ni port de charges lourdes, ni mouvements répétitifs du rachis lombaire. Toutefois, un reclassement professionnel n'avait pas été envisagé par l'OAI. L'assuré pouvait exercer sa profession habituelle dans des conditions acceptables, avec des périodes d'incapacité de travail de quelques semaines chaque année.

L'assuré pouvait réaliser sans limitation toutes les activités n'impliquant ni port de charges lourdes, ni positions statiques, ni mouvements répétitifs de la colonne. Dans les autres activités, non adaptées, il y avait une limitation de la capacité de travail d'environ 30%, avec la possibilité de survenance de périodes d'incapacité de travail complète quelques semaines par année. L'activité de couvreur paraissait encore exigible à raison de six heures par jour, cinq jours par semaine. Des mesures de réadaptation étaient envisageables, mais une adaptation du poste de travail était difficilement concevable. L'assuré pourrait peut-être avoir un employé, ce qui lui permettrait de superviser le travail, de gérer les visites de clients pour des devis et de s'occuper davantage de la partie administrative de son entreprise. Cela lui permettrait de réduire le travail le plus pénible physiquement et, éventuellement, d'augmenter sa capacité de travail à 100%.

14. Une nouvelle période d'arrêt de travail a donné lieu au versement par l'assurance d'indemnités journalières correspondant à une incapacité de travail de 100% du 14 décembre 2011 au 30 avril 2012 et de 50% du 1<sup>er</sup> mai au 31 mai 2012.
15. L'assurance a à nouveau versé à l'assuré des indemnités journalières correspondant à une incapacité de travail complète du 30 novembre 2012 au 5 mai 2013.

16. Le 26 mars 2013, le Dr D \_\_\_\_\_ a une nouvelle fois été mandaté par l'OAI pour examiner l'assuré.

Dans son rapport du 3 avril suivant, il a noté que l'évolution depuis juillet 2010 avait été marquée par une pancréatite aiguë en août 2010, un zona de la cuisse droite et de la région paralombaire droite et une opération du canal carpien au poignet droit et de doigts à ressaut fin 2011. En février 2013, l'assuré avait été opéré de hernies inguinales. Depuis l'été 2010, il avait continué à souffrir de lombalgies intermittentes exacerbées par les efforts. Il avait repris son travail fin 2010 à raison de cinq heures par jour, mais n'avait pu travailler davantage parce que ses lombalgies devenaient alors plus sévères. Il avait continué à travailler sur les toits, à poser des tuiles et à porter des charges lourdes. En 2012, il avait arrêté de travailler pendant environ deux mois, puis n'avait plus travaillé à cause de ses hernies inguinales depuis le 15 novembre 2012. Il n'avait pas encore repris le travail, mais envisageait de le faire en avril 2013. Il considérait pouvoir exercer environ quatre à cinq heures par jour son emploi actuel.

Dans l'anamnèse, le Dr D \_\_\_\_\_ a relevé que l'assuré avait engagé son neveu, qui travaillait parfois avec lui ; il n'avait pas d'autre employé.

L'aggravation de l'imagerie et de l'anamnèse était compatible avec des phénomènes de type claudication neurogène intermittente. Les diagnostics étaient ceux de lombalgies chroniques depuis 2007 dans un contexte de discopathies étagées avec des sténoses foraminales étagées prédominant à gauche et de sciatalgies intermittentes, d'œsophagite et gastrite traitées avec une notion de hernie hiatale, de discret syndrome du canal carpien gauche avec status après cure chirurgicale d'un syndrome du canal carpien droit et de doigts à ressaut de la main droite en 2011.

L'atteinte de la colonne lombaire avait des répercussions sur la capacité de travail, contrairement aux autres atteintes. L'assuré était limité dans les activités nécessitant le port de charges de plus de 10 kg et les positions debout et en porte-à-faux de la colonne plusieurs heures par jour. Il devait pouvoir changer régulièrement de position. Or, dans le cadre de son activité, il devait porter des charges lourdes sur des toits, rester plusieurs heures en position debout et être attentif à ne pas effectuer de faux mouvements. Sa capacité de travail, de 70% (6 heures par jour) dans son emploi habituel en juillet 2010, avait diminué pour atteindre le taux de 47% (4 heures par jour) en juin 2011 probablement. En revanche, dans une activité adaptée, la capacité de travail était de 7 heures par jour, 35 heures par semaine, soit de 83% et ce, depuis juin 2011 probablement. Il y avait eu entre 2010 et 2013 des périodes transitoires d'incapacité de travail complète, liées à des problèmes de santé additionnels qui s'étaient ensuite réglés. Les traitements ne pouvaient augmenter la capacité de travail mais pouvaient peut-être réduire les risques d'une péjoration de la situation. Le pronostic était médiocre. Il était très probable qu'il y ait une stabilité des plaintes, ou éventuellement une dégradation progressive de la situation au cours des années suivantes.

17. Le 14 novembre 2013, l'OAI a adressé à l'assuré un projet de décision dont il ressortait qu'il se proposait de lui reconnaître le droit à une rente limitée dans le temps.

L'OAI a notamment relevé que l'évolution économique de l'activité de l'assuré avait été positive, malgré l'aggravation de l'état de santé survenue en milieu d'année 2011 ; cela s'expliquait notamment par l'engagement d'une personne à temps partiel et par la plus grande proportion de travaux confiés à des sous-traitants.

Compte tenu du revenu hypothétique sans invalidité de CHF 65'387.-, fondé sur les salaires statistiques ressortant de l'Enquête sur la structure des salaires (ESS), la perte économique était de 78%, ce qui ouvrait droit à une rente entière, du 1<sup>er</sup> février 2010 au 31 mars 2011, trois mois après l'amélioration de l'état de santé.

Copie de ce projet a été adressé à l'assurance.

18. Le 10 septembre 2015, celle-ci a fait parvenir une modification de contrat à l'assuré, prenant effet au 1<sup>er</sup> janvier 2016.

La police n° 44.007.605 jointe, courant du 1<sup>er</sup> janvier 2016 au 31 décembre 2018, prévoyait notamment la couverture du salaire de l'assuré à hauteur de CHF 50'000.- par le versement d'indemnités journalières en cas de maladie à 100% durant 730 jours, moins le délai d'attente de 30 jours, et les mêmes prestations en cas d'accident. La prime annuelle s'élevait à CHF 3'173.-.

19. La Dresse C\_\_\_\_\_ a attesté une incapacité de travail totale dès le 4 janvier 2016, dont elle a précisé, dans un rapport du 11 février 2016, qu'elle était causée par des lombosciatalgies suraiguës avec blocage lombaire et incapacité de bouger, les douleurs étant différentes des symptômes antérieurs.

20. A compter du 3 février 2016, l'assurance a versé 342 indemnités journalières à l'assuré, à 100% du 3 février au 13 mars 2016, à 50% du 14 mars 31 juillet 2016, puis à nouveau à 100% du 1<sup>er</sup> août 2016 au 9 janvier 2017. Le montant de l'indemnité journalière complète s'élevait à CHF 136.98.

21. L'assurance a mandaté le docteur E\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique, pour procéder à l'expertise de l'assuré.

Dans son rapport du 26 juillet 2016, ce médecin a noté que l'assuré avait engagé une aide pour monter et distribuer les tuiles sur les toits depuis quelques années. Depuis mars 2016, il avait dû engager deux aides pour exercer son métier. Il travaillait de façon irrégulière à un rendement qu'il estimait à 50%.

Les diagnostics retenus étaient ceux de lombalgies chroniques, discopathies pluriétagées prédominant à l'étage L4-L5 et L5-S1, arthrose facettaire postérieure des deux derniers segments lombaires, status après hernie discale L3-L4 à gauche en 2011, sans troubles neurologiques, et probable arthrose de l'articulation acromio-claviculaire gauche, séquelle d'un accident en 1998.

L'assuré avait bénéficié de plusieurs arrêts de travail de quelques jours à quelques semaines depuis 2007. Il avait été en arrêt de travail à 100% depuis le 4 janvier 2016 et avait repris le travail à 50% le 14 mars 2016. Selon le Dr E\_\_\_\_\_, l'incapacité de travail en tant que couvreur était parfaitement justifiée au vu des lésions de la colonne lombaire. L'assuré affirmait pouvoir et vouloir continuer à travailler à 50% jusqu'à sa retraite, mais l'expert avait des doutes quant à sa capacité à poursuivre cette activité - totalement inadaptée aux limitations fonctionnelles (exclusion du soulèvement de charges de plus de 15 kg et du port de charges de plus de 20 kg, ainsi que des travaux effectués penché en avant ou en porte-à-faux). Une reprise du travail à 100% en tant que couvreur n'était pas envisageable. Le pronostic n'était pas favorable. En revanche, l'état de l'assuré, qui était apte aux mesures de réinsertion, était totalement compatible avec un travail adapté à ses limitations fonctionnelles.

22. Par courriel du 9 août 2016, l'assurance a invité l'assuré à s'annoncer à l'OAI, en précisant qu'elle mettrait un terme à ses prestations cinq mois plus tard, eu égard à sa capacité de travail dans une activité adaptée.
23. Par courrier du 15 août 2016, l'assuré a contesté la position de l'assurance. Le Dr E\_\_\_\_\_ ne l'avait pas informé qu'il était apte à travailler à 100% dans une activité adaptée. A plus de 60 ans, ce n'était pas chose aisée et il invitait l'assurance à réexaminer sa position, conformément au contrat qui les liait.
24. Le 1<sup>er</sup> septembre 2016, l'assurance a rappelé que, selon ses conditions générales et conformément à la loi, l'exercice d'une activité adaptée était exigible. Elle verserait donc les indemnités journalières jusqu'au 9 janvier 2017.
25. Le 14 décembre 2016, la Dresse C\_\_\_\_\_ a signalé à l'OAI que la situation de son patient s'était sérieusement dégradée depuis début janvier 2016 : chaque fois que l'assuré faisait des efforts prolongés, il se trouvait complètement bloqué et devait arrêter de travailler et se soumettre à des cures de physiothérapie et à des injections de myorelaxants et anti-inflammatoires. Ces traitements, efficaces auparavant, ne suffisaient plus à obtenir une récupération. Une tentative de reprise à 50% le 21 avril 2016 avait obligé l'assuré à engager des aides pour tout effort et port de charges. Depuis début août, les lombalgies en barre et les lombosciatalgies persistaient et ne répondaient plus aux différents traitements habituels, de sorte qu'elles étaient devenues chroniques et invalidantes. L'assuré devait renoncer à un travail qu'il adorait, mais c'était la seule solution envisageable.
26. Le 23 décembre 2016, l'assuré, par le biais de sa mandataire, a rappelé que l'assurance ne pouvait réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique, mais devait procéder à une analyse concrète de l'exigibilité d'une activité adaptée, exigence qu'elle n'avait pas respectée. Il la mettait en demeure de verser les indemnités journalières au-delà du 9 janvier 2017.
27. La Dresse C\_\_\_\_\_ a continué à délivrer des certificats mensuels attestant d'une totale incapacité de travail de l'assuré depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017.

28. Dans un courrier à l'assuré du 27 janvier 2017, l'assurance a affirmé avoir tenu compte de son statut d'indépendant, de son âge et de sa situation professionnelle dans ses déterminations du 9 août et du 1<sup>er</sup> septembre 2016. L'exercice d'une activité adaptée était prévu par ses conditions générales. Ainsi, elle considérait avoir satisfait à ses obligations en lui octroyant un délai de transition de cinq mois.
29. Le 2 février 2017, l'assuré a derechef rappelé à l'assurance les exigences jurisprudentielles en matière d'exercice d'une activité adaptée et l'a mise en demeure de verser sous 48 heures les indemnités journalières pour janvier 2017, soit la somme de CHF 4'246.40.
30. Le 7 mars 2017, l'assurance a indiqué à l'assuré qu'elle avait déjà versé par le passé les prestations d'assurance maximales de 730 jours pour la même pathologie, après quoi l'assuré avait été reconnu apte à reprendre à une activité adaptée à plein temps. Or, les limitations fonctionnelles actuelles étaient identiques à celles ayant conduit au dernier cas d'assurance. La question de savoir si elle avait presté à tort ou s'il s'agissait d'un nouveau cas d'assurance se posait. Elle procéderait à des investigations avant d'exiger un remboursement ou de se déterminer sur le droit aux prestations.
31. Le 6 avril 2017, l'assuré a souligné que, selon les conditions de l'assurance, les maladies n'étaient pas considérées comme des rechutes lorsque la personne assurée avait retrouvé sa pleine capacité de travail pendant une durée ininterrompue de 365 jours avant la survenance de la nouvelle incapacité de travail. Or, avant le 4 janvier 2016, la dernière période d'incapacité de travail de l'assuré remontait à mai 2013. Une rechute ne pouvait ainsi être retenue. Par ailleurs, l'assurance avait conclu un nouveau contrat avec lui, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2016. Elle l'avait indemnisé depuis durant l'équivalent de 272 jours à 100%, alors que la police prévoyait une durée des prestations de 730 jours, moins le délai d'attente de 30 jours. L'assuré considérait donc avoir droit aux indemnités journalières à compter du 9 janvier 2017, cas échéant jusqu'au 31 décembre 2018, à concurrence du versement de 700 indemnités journalières. Il mettait l'assurance en demeure de verser les indemnités journalières dues.
32. Le 25 avril 2017, l'OAI a communiqué à l'assuré que des mesures d'intervention précoce ou de réadaptation professionnelle n'étaient pas indiquées.
33. L'assuré a procédé à une nouvelle mise en demeure de l'assurance le 15 mai 2017.
34. Le 31 août 2017, l'assurance lui a répondu qu'à la lecture de l'expertise réalisée par le Dr D\_\_\_\_\_ en mars 2013, elle avait constaté que sa capacité de travail était de 47% dans son emploi actuel et de 83% dans un emploi adapté. D'autre part, il ressortait de l'expertise du Dr E\_\_\_\_\_ que l'assuré avait bénéficié de plusieurs arrêts de travail depuis 2007. Il ne faisait guère de doute que l'assuré avait dû diminuer sa charge de travail d'une façon ou d'une autre. Partant, on ne pouvait pas considérer qu'il avait disposé d'une pleine capacité de travail durant 365 jours avant le début de l'incapacité de travail survenue le 4 janvier 2016. Dès lors, il

---

s'agissait bien d'une rechute. C'était donc à tort qu'elle avait versé des indemnités journalières du 4 janvier 2016 au 9 janvier 2017 et elle se réservait le droit d'exiger le remboursement en cas de procédure.

35. Selon l'extrait du compte individuel AVS de l'assuré du 14 juillet 2017, ce dernier a déclaré des revenus soumis à cotisations de l'ordre de CHF 8'000.- en 2008, CHF 9'000.- en 2009, CHF 13'900.- en 2010, CHF 38'000.- en 2011, CHF 68'000.- en 2012, CHF 9'500.- en 2013, CHF 32'300.- en 2014 et CHF 40'000.- en 2015 et en 2016.
36. Le 2 octobre 2017, la Dresse G\_\_\_\_\_ a indiqué avoir attesté les incapacités de travail suivantes pour l'assuré pour la période de 2013 à 2015:
- 100% du 1<sup>er</sup> au 5 mai 2013,
  - 100% du 30 septembre au 10 octobre 2013 (accident du 30 septembre 2013),
  - 100% du 11 au 30 novembre 2013,
  - 50% du 1<sup>er</sup> au 31 décembre 2013.
37. Le 16 octobre 2017, l'assuré (ci-après le demandeur ou défendeur reconventionnel) a déposé auprès de la Cour de céans une demande concluant, sous suite de dépens, au fond à ce que l'assurance (ci-après la défenderesse ou demanderesse reconventionnelle) soit condamnée à lui verser 730 indemnités journalières de CHF 136.98 par jour pour le cas d'assurance ayant débuté le 4 janvier 2016, sous déduction des indemnités journalières déjà versées, et, moyennant preuve de l'incapacité de travail, à ce qu'elle soit condamnée à lui verser des indemnités journalières de CHF 136.98 par jour depuis le 10 janvier 2017 jusqu'à la fin de l'incapacité de travail le 31 octobre 2017, avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> juin 2017 (date moyenne) et, enfin, à ce qu'elle soit aussi condamnée à lui verser des indemnités journalières de CHF 136.98 par jour au-delà du 31 octobre 2017, moyennant preuve de l'incapacité de travail.

Le demandeur explique qu'il a toujours travaillé seul et n'a jamais eu d'employés, sauf de façon très exceptionnelle, aux fins de mener à bien certains chantiers. Madame B\_\_\_\_\_, sa compagne, a assumé les tâches administratives liées à son activité professionnelle.

Son avant-dernière incapacité de travail s'est achevée le 5 mai 2013. Il a par la suite exercé son métier durant deux ans et huit mois, comme le révèlent ses comptes de pertes et profits. Son incapacité de travail du 4 janvier 2016 n'était ainsi pas une rechute, mais une nouvelle maladie et un nouveau cas d'assurance au sens des conditions générales de la défenderesse. Cette dernière lui a offert de renouveler sa police en septembre 2015 en toute connaissance de cause, dans la mesure où son état de santé lui a systématiquement été communiqué par l'OAI.

Entre le 1<sup>er</sup> janvier 2016 et le 9 janvier 2017, la défenderesse lui a versé 342 indemnités journalières. Compte tenu du délai d'attente de 30 jours, le demandeur considère avoir encore droit à 358 indemnités journalières. Il allègue

avoir adressé les certificats médicaux établis chaque mois par la Dresse C\_\_\_\_\_ à la défenderesse.

Le demandeur reproche à la défenderesse de n'avoir donné aucune instruction sur les mesures à prendre, ni démontré qu'il avait des chances réelles de trouver un emploi adapté compte tenu de son âge et du marché du travail, pas plus qu'elle n'a indiqué vers quelle activité il pouvait s'orienter. Elle n'a pas non plus précisé dans quelle mesure la nouvelle activité envisagée permettrait de réaliser un revenu supérieur à celui obtenu en conservant l'emploi de couvreur. Or, le demandeur, âgé de 61 ans, n'a jamais exercé d'autre activité que celle de couvreur. Compte tenu de sa pathologie, seul un emploi exercé assis serait adapté. Cependant, un tel emploi nécessite des compétences spécifiques qui lui font défaut, puisqu'il a toujours exercé un travail manuel et que toutes les tâches administratives ont été assumées par sa compagne. Le demandeur en tire la conclusion que ses chances d'être engagé sont dès lors, de fait, inexistantes. D'ailleurs, l'OAI a confirmé qu'aucune mesure de réadaptation d'ordre professionnel n'était possible (cf. courrier du 25 avril 2017).

38. Par réponse et demande reconventionnelle du 8 décembre 2017, la défenderesse a conclu, sous suite de dépens, sur demande principale, à ce qu'il lui soit donné acte qu'elle s'en rapporte à justice quant à la recevabilité de la demande, au fond, au rejet de cette dernière, et, sur demande reconventionnelle, à ce que le demandeur soit condamné à lui verser la somme de CHF 37'258.60 avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> juillet 2016 (date moyenne).

La défenderesse allègue avoir offert de renouveler la police du demandeur en septembre 2015, expliquant que le service de la souscription a formulé cette offre sans se préoccuper de la situation médicale du demandeur, qui était du ressort d'un autre service.

En raison de lombosciatalgies secondaires à des discopathies, le demandeur a reçu, pour la période allant du 23 août 2007 au 18 février 2010, des indemnités journalières s'élevant au total à CHF 55'831.-. La défenderesse considère s'être ainsi acquittée de l'intégralité des indemnités journalières dues contractuellement, soit pendant 730 jours, moins le délai d'attente de 30 jours.

La défenderesse se réfère aux expertises du Dr D\_\_\_\_\_ de mai 2008 et août 2010, ainsi qu'à celle du Dr E\_\_\_\_\_. Elle précise que c'est dans le cadre des investigations annoncées le 7 mars 2017 qu'elle a pris connaissance des expertises du Dr D\_\_\_\_\_. Au vu de ces rapports, elle considère qu'en raison des lombosciatalgies, le demandeur n'a pas pu travailler de manière ininterrompue durant les 365 jours précédant l'incapacité de travail ayant débuté le 4 janvier 2016. Elle conteste en outre que le demandeur ait continué à exercer son métier de couvreur à 100% dès le 5 mai 2013. En conséquence, elle demande le remboursement des prestations versées du 4 janvier 2016 au 9 janvier 2017, soit CHF 37'258.60.

La défenderesse soutient pour le reste qu'il était exigible du demandeur qu'il embrassât une profession adaptée à son handicap, conformément à la jurisprudence. En cas de changement professionnel, il convenait de se référer aux données de l'ESS. Or, les secteurs de la production et des services énumérés dans l'ESS offrent un large éventail d'activités non qualifiées et un certain nombre d'entre elles sont adaptées aux problèmes physiques du demandeur. La comparaison des revenus lui serait de toute évidence largement défavorable.

Elle ajoute que le demandeur était âgé de 52 ans lorsque le Dr D\_\_\_\_\_ a suggéré une reconversion professionnelle. Dès lors, si par impossible la Cour devait considérer que le demandeur a droit aux indemnités journalières à compter du 4 janvier 2016, celles-ci ne sauraient être versées au-delà du 9 janvier 2017.

39. Le 6 février 2018, le demandeur a répondu à la demande reconventionnelle et répliqué en concluant, préalablement, sous suite de dépens, à la production par la défenderesse de la totalité des contrats et des polices conclus depuis 1999. Le demandeur a précisé ses conclusions et demandé que la défenderesse soit condamnée à lui verser des indemnités journalières de CHF 136.98 par jour depuis le 10 janvier 2017 jusqu'à la fin de l'incapacité de travail échéant le 28 février 2018, avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> juillet 2017 (date moyenne). Enfin, il a conclu au rejet de la demande reconventionnelle.

Le demandeur conteste que la défenderesse puisse déduire de l'expertise du Dr D\_\_\_\_\_ du 16 mai 2008 qu'il n'a pas recouvré sa pleine capacité de travail durant 365 jours avant le 4 janvier 2016. Ce médecin a en effet précisé qu'un reclassement professionnel n'avait pas été envisagé par l'OAI et que le demandeur pouvait exercer sa profession habituelle dans des conditions acceptables. Le Dr D\_\_\_\_\_ a également précisé qu'entre 2010 et 2013, des périodes transitoires d'incapacité de travail complète étaient liées à des problèmes de santé autres que les lombosciatalgies. Dès lors, il est inexact d'affirmer que les prestations d'assurance maximales ont déjà été versées pour la même pathologie. Le demandeur a obtenu une rente limitée dans le temps. L'OAI n'a donc pas retenu le caractère définitif de la maladie.

Le demandeur soutient qu'à la lecture des conditions de la défenderesse, tout assuré de bonne foi comprend que s'il tombe malade en raison de la même maladie deux fois dans la même année, il n'est pas indemnisé, alors que tel est le cas si la même maladie réapparaît à un intervalle de 365 jours au minimum. Or, le demandeur n'a pas sollicité de prestations de la défenderesse ou de l'OAI entre le 5 mai 2013 et le 4 janvier 2016. Durant cette période de deux ans et huit mois, aucun certificat médical en raison d'une maladie n'a été établi, comme l'a attesté la Dresse C\_\_\_\_\_ en date du 2 octobre 2017. Les comptes des exercices 2013, 2014 et 2015 révèlent un chiffre d'affaire substantiel, ce qui n'a pas été le cas lors de son arrêt-maladie du 23 août 2007 au 18 février 2010. Cette différence permet de confirmer une pleine et entière capacité de travail durant 365 jours avant le 4 janvier 2016, ce que corrobore son extrait de compte individuel AVS.

Le demandeur ajoute que chaque nouveau contrat fait naître un nouveau droit à 730 indemnités journalières, moins le délai d'attente de 30 jours. Les indemnités versées du 23 août 2007 au 18 février 2010 étaient en lien avec une police antérieure et ne pouvaient ainsi pas être prises en considération. La défenderesse n'a pas presté à tort. En outre, elle avait la possibilité de requérir de l'OAI la transmission de son dossier bien avant le 27 février 2017. Elle s'est d'ailleurs vu notifier la décision de l'OAI du 14 novembre 2013.

La défenderesse a renouvelé les polices d'assurance sans aucune réserve depuis le début de la relation contractuelle en 1999. Elle n'a jamais fait usage de la possibilité de résilier le contrat et a systématiquement proposé un nouveau contrat de trois ans au demandeur, sans réserve et avec une prime annuelle adaptée à la hausse. La défenderesse ne peut se prévaloir du fait que la dernière offre a été formulée par un service ignorant la situation médicale du demandeur, dès lors que chaque service a agi en son nom et qu'elle doit assumer le fait de ses agents. Ses prétentions reconventionnelles étaient ainsi sans fondement.

Le demandeur ajoute que la défenderesse n'a pas démontré en quoi un changement de travail était possible et exigible en l'espèce. Le demandeur reste en incapacité de travail pour cause de maladie. Il continue d'envoyer chaque mois ses certificats médicaux à la défenderesse, dont il a réglé la prime pour 2018. En outre, l'exigibilité d'un changement de profession telle que définie dans l'assurance-invalidité et dans l'assurance-accidents n'est pas transposable en droit privé.

A l'appui de sa position, le demandeur a produit les certificats établis mensuellement par la Dresse C\_\_\_\_\_ attestant une incapacité de travail totale du 1<sup>er</sup> novembre 2017 au 28 février 2018.

40. Le 1<sup>er</sup> mars 2018, la défenderesse a répliqué à la demande reconventionnelle et dupliqué à la demande principale en persistant dans ses conclusions.

La défenderesse soutient que, pour être couvert, un assuré doit tomber malade pendant le délai de trois ans prévu par le contrat d'assurance. Elle conteste une nouvelle fois que le demandeur ait été capable de travailler sans interruption à 100% du 5 mai 2013 au 4 janvier 2016 et fait remarquer que, dès lors que le délai d'attente était de 30 jours, le demandeur n'avait pas à annoncer une incapacité de travail inférieure à ce délai. Ainsi, s'il n'a pas annoncé de cas pendant une année ou plus, cela ne signifie pas qu'il a travaillé à 100% de manière ininterrompue pendant cette période. En outre, si le demandeur n'a pas consulté la Dresse C\_\_\_\_\_ pendant les périodes où il a été incapable de travailler, celle-ci ne peut évidemment pas délivrer d'attestation.

La défenderesse allègue que c'est en prenant connaissance, après le 8 mars 2017, des expertises rendues par le Dr D\_\_\_\_\_ en date des 4 août 2010 et 13 avril 2013 qu'elle s'est rendu compte qu'elle n'aurait pas dû verser d'indemnités journalières pour la nouvelle incapacité de travail, celle-ci n'étant qu'une prolongation de la précédente. Il est inexact d'affirmer que le Dr D\_\_\_\_\_ a déclaré que le demandeur

pouvait exercer son activité dans des conditions acceptables, puisque le médecin a indiqué qu'il fallait compter avec des périodes d'incapacité de travail de quelques semaines chaque année. Les comptes de l'entreprise du demandeur montrent qu'il a été incapable de travailler à 100% de manière ininterrompue pendant une année durant les années 2013 à 2015. La défenderesse commente les chiffres ressortant des documents comptables et les périodes d'incapacité de travail correspondantes. De ses réflexions, il ressort, en résumé, que depuis 2011, le chiffre d'affaires a été supérieur à ceux réalisés auparavant. La masse salariale, les frais de sous-traitance et d'achats de marchandises ont continué à augmenter en fonction de la progression du chiffre d'affaires. La défenderesse ajoute que le revenu assuré ne correspond certainement pas au revenu réel d'un entrepreneur indépendant travaillant à 100%. Enfin, elle argue que, compte tenu de la clause portant sur les rechutes, elle n'avait pas à émettre de réserves lors du renouvellement des polices d'assurance. En outre, le service qui en était chargé n'avait pas accès au dossier médical du demandeur.

S'agissant de la conclusion tendant au versement d'indemnités journalières du 10 janvier 2017 au 28 février 2018, la défenderesse la conteste, alléguant que les indemnités journalières ont été versées pendant 342 jours jusqu'au 9 janvier 2017. Seules 358 indemnités journalières (730 jours, moins 30 jours de délai d'attente, moins 342 jours déjà payés) restent éventuellement dues, ce qui couvre la période courant jusqu'au 2 janvier 2018. En ce qui concerne les intérêts moratoires, la première mise en demeure date du 15 mai 2017. Ainsi, la date moyenne des intérêts serait le 9 septembre 2017. Quant au fait que le demandeur n'aurait jamais été informé des activités professionnelles adaptées à son handicap, la défenderesse souligne qu'en 2008 déjà, le Dr D\_\_\_\_\_ considérait un travail de bureau dans la vente ou de représentant de commerce comme adapté.

41. Une audience s'est tenue en date du 14 juin 2018.

Le demandeur a persisté dans sa requête de production par la défenderesse des contrats signés depuis 1999.

La défenderesse s'en est étonnée, en rappelant qu'elle avait admis toutes les allégations y relatives et que ce point n'était dès lors pas déterminant. Elle n'a pour sa part requis aucune mesure d'instruction, hormis, éventuellement, l'actualisation du dossier de l'assurance-invalidité.

42. Par duplique à la demande reconventionnelle du 2 juillet 2018, le demandeur a conclu, sous suite de dépens, préalablement à la production par la défenderesse de la totalité des contrats conclus depuis 1999 et des polices y relatives, au fond sur demande principale à ce qu'il soit dit que la défenderesse lui doit 358 indemnités journalières de CHF 136.98 par jour pour le cas d'assurance ayant débuté le 4 janvier 2016 et à ce que la défenderesse soit condamnée à lui verser CHF 49'038.84 avec intérêts à 5% dès le 7 juillet 2017 (date moyenne), ainsi qu'au rejet des conclusions reconventionnelles de la défenderesse.

Le demandeur considère avoir apporté la preuve qu'il n'a pas été en incapacité de travail durant les 365 jours précédant le 4 janvier 2016. Selon les conditions de la défenderesse, sans constatation d'un médecin, la capacité de travail est pleine et entière. Le cas d'assurance du 4 janvier 2016 n'est ainsi pas une rechute au sens des conditions de la défenderesse. Il pensait de bonne foi être couvert pour les lombosciatalgies.

Il ajoute que la défenderesse a eu connaissance de l'affection dont il souffrait dès août 2007. Ses conditions l'autorisaient à se procurer son dossier médical. La comparaison par la défenderesse des chiffres d'affaires du demandeur en 2007, 2013, 2014 et 2015 ne démontre en aucun cas qu'il n'aurait pas travaillé à 100% durant les 365 jours avant le cas d'assurance du 4 janvier 2016, pas plus que la comparaison des revenus AVS. Il est parfaitement usuel que le chiffre d'affaires d'une entreprise et ses bénéficiaires connaissent des fluctuations, et la défenderesse ne saurait en tirer argument. Quant au salaire assuré, il a été fixé d'entente entre les parties.

Le demandeur rappelle les mises en demeure adressées à la demanderesse et allègue lui avoir envoyé chaque mois, jusqu'en février 2018, les certificats médicaux attestant de son incapacité de travail à 100%.

Les intérêts moratoires doivent selon lui être calculés sur la base d'une échéance moyenne arrêtée au 7 juillet 2017 (358/2, soit 179 jours dès le 10 janvier 2017),

Il est en outre inexact de prétendre que le Dr D\_\_\_\_\_ l'aurait informé en 2008 qu'un travail de bureau, dans la vente, ou de représentant de commerce serait adapté. La défenderesse n'a d'ailleurs pas réagi à cette expertise, alors même qu'elle l'avait commandée. Le demandeur répète qu'un changement de profession n'était pas exigible.

43. A la demande de la Cour de céans, l'OAI lui a transmis le dossier concernant le demandeur en date du 4 juillet 2018, dont ressortent notamment les éléments suivants :
  - L'assuré s'est vu imposer sur un revenu de CHF 43'291.- en 2015.
  - Ses comptes de pertes et profits mentionnent un chiffre d'affaires de CHF 115'989.70 et des salaires et frais de sous-traitance de CHF 36'044.25 en 2014, un chiffre d'affaires de CHF 58'161.85 et des frais de sous-traitance de CHF 8'091.65 en 2015, un chiffre d'affaires de CHF 39'445.- et des frais de sous-traitance de CHF 85.95 en 2016.
44. Le même jour, la Cour de céans a transmis aux parties le bordereau des pièces nouvellement produites par l'OAI et leur a imparti un délai au 23 août 2018 pour les consulter.
45. Le 27 août 2018, la Cour de céans, constatant que les parties ne s'étaient pas déterminées, a gardé la cause à juger.

## **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 7 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) et à l'art. 134 al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10) et relevant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA - RS 221.229.1).

2. La police d'assurance est soumise à la LCA, conformément à l'art. A1 des conditions générales d'assurance / Assurance de personnes Professional (CGA) de la défenderesse.

L'art. J1 al. 2 des CGA prévoit un for au domicile du preneur d'assurance notamment.

Le demandeur ayant son domicile à Genève, la Cour de céans est compétente, tant à raison de la matière que du lieu, pour connaître de la demande.

3. La loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 (LSA - RS 961.01) ne contient pas de règles spécifiques concernant les délais relatifs aux contestations de droit privé opposant entreprises d'assurance et assurés.

En vertu de l'art. 197 CPC, la procédure de fond est précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation. L'art. 198 CPC prévoit des exceptions à la tentative obligatoire de conciliation, notamment pour les instances cantonales uniques prévues par l'art. 5 CPC et les tribunaux spéciaux statuant en instance unique sur les litiges commerciaux que les cantons peuvent instituer en application de l'art. 6 CPC (art. 198 let. f CPC). Les instances cantonales uniques que les cantons peuvent instituer pour les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, conformément à l'art. 7 CPC, ne sont pas prévues en tant qu'exceptions à l'art. 198 CPC. Selon le Tribunal fédéral, c'est par inadvertance manifeste que le législateur n'a pas mentionné à l'art. 198 let. f CPC les tribunaux statuant en tant qu'instance cantonale unique sur les litiges portant sur les assurances-maladie complémentaires conformément à l'art. 7 CPC. Partant, la procédure de conciliation n'a pas lieu dans les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale lorsque les cantons ont prévu une instance cantonale unique selon l'art. 7 CPC (ATF 138 III 558 consid. 4.5 et 4.6). Or, le législateur genevois a fait usage de cette possibilité (art. 134 al. 1 let. c LOJ).

---

Par conséquent, la demande, déposée en la forme prévue à l'art. 244 CPC, est recevable.

4. Le litige porte d'une part sur le droit du demandeur à la poursuite du versement des indemnités journalières au-delà du 9 janvier 2017, d'autre part sur le droit de la défenderesse à la restitution des indemnités journalières versées du 4 janvier 2016 au 9 janvier 2017, soit CHF 37'258.60.

On notera que la défenderesse ne s'est pas opposée au principe de l'amplification des conclusions du demandeur, dont les prétentions nouvelles sont par ailleurs en lien de connexité avec ses conclusions initiales. Ainsi, les conditions d'une modification de la demande conformément à l'art. 227 al. 1 CPC sont réalisées et les conclusions du demandeur telles qu'augmentées au cours de procédure sont recevables.

5. 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'indemnités journalières (ATF 124 V 201 consid. 3d).

Le droit aux prestations d'assurances se détermine sur la base des dispositions contractuelles liant l'assuré et l'assureur, en particulier des conditions générales ou spéciales d'assurance (arrêt du Tribunal fédéral 5C.253/2000 du 6 mars 2001 consid. 4a).

6. Les principes généraux de l'interprétation des contrats s'appliquent au contrat d'assurance. En effet, l'art. 100 LCA renvoie au droit des obligations, et partant, au code des obligations (CO - RS 220). Lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu d'un contrat d'assurance et des conditions générales qui en font partie intégrante, le juge doit donc, comme pour tout autre contrat, recourir en premier lieu à l'interprétation dite subjective, c'est-à-dire rechercher la « réelle et commune intention des parties », le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (art. 18 al. 1 CO) (arrêt du Tribunal fédéral 5C.208/2006 du 8 janvier 2007 consid. 2.1). S'il ne parvient pas à établir avec certitude cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des contractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (application du principe de la confiance; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2). Ce faisant, le juge doit partir de la lettre du contrat et tenir compte des circonstances qui ont entouré sa conclusion (arrêt du Tribunal fédéral 5C.134/2002 du 17 septembre 2002 consid. 3.1). On s'en tiendra à l'usage général et quotidien de la langue, sous réserve des acceptions techniques propres au risque envisagé (ATF 118 II 342 consid. 1a). En outre, il est exclu d'interpréter de manière isolée les divers éléments du contrat; chaque clause contractuelle doit être interprétée à partir du contrat dans son ensemble. Partant,

lorsque les parties, dans le contrat d'assurance ou dans les conditions générales d'assurance qui en font partie intégrante, ont convenu de la définition à donner à un terme, c'est cette définition conventionnelle qui fait foi (arrêt du Tribunal fédéral non publié 5C.44/2004 du 21 mai 2004 consid. 2.1).

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). La jurisprudence a nuancé le principe selon lequel il y aurait lieu de recourir à des règles d'interprétation uniquement si les termes de l'accord passé entre parties laissent planer un doute ou sont peu clairs. On ne peut ériger en principe qu'en présence d'un « texte clair », on doit exclure d'emblée le recours à d'autres moyens d'interprétation. Il ressort de l'art. 18 al. 1 CO que le sens d'un texte, même clair, n'est pas forcément déterminant et que l'interprétation purement littérale est au contraire prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 127 III 444 consid. 1b).

Enfin, et de façon subsidiaire, lorsqu'il subsiste un doute sur leur sens, les dispositions exclusivement rédigées par l'assureur, ainsi les conditions générales pré-formulées, sont à interpréter en défaveur de leur auteur, conformément à la règle des clauses ambiguës (« *in dubio contra stipulatorem* »; « *Unklarheitsregel* ») (ATF 122 III 118 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 5C.208/2006 du 8 janvier 2007 consid. 3.1). Selon la jurisprudence et la doctrine, pour que cette règle trouve à s'appliquer, il ne suffit pas que les parties soient en litige sur la signification à donner à une déclaration; encore faut-il que celle-ci puisse être comprise de différentes façons (« *zweideutig* ») et qu'il soit impossible de lever autrement le doute créé, faute d'autres moyens d'interprétation (ATF 118 II 342 consid. 1a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 56/03 du 2 décembre 2003 consid. 3.6). Il ne s'agit pas, au demeurant, de s'en tenir d'emblée à la solution la plus favorable à l'assuré (ATF 126 V 499 consid. 3b).

7. L'art. A4 al. 2 CGA définit la maladie comme toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical et provoque une incapacité de travail. Les troubles de la santé dus à une grossesse ou à un accouchement sont assimilés à une maladie.

Selon l'art. A4 al. 3 CGA, est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'un accident ou d'une maladie. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité.

Selon l'art. A4 al. 4 CGA, est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré, si cette diminution résulte d'un accident ou d'une maladie et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles. Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de l'existence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable.

L'art. E1 CGA prévoit que la défenderesse sert les prestations mentionnées dans la police pour les conséquences économiques de l'incapacité de travail due à une maladie (al. 1). Ne sont notamment pas assurées les maladies déjà déclarées lors de l'entrée dans l'entreprise ou au début de l'assurance aussi longtemps qu'elles entraînent une incapacité de travail, à moins que la défenderesse ne doive accorder le maintien de la couverture d'assurance en raison d'une convention de libre passage entre les assureurs (al. 2).

Les rechutes sont définies à l'art. E4 al. 1 CGA, qui dispose que les maladies liées à des cas d'assurance antérieurs pour lesquels la défenderesse ou d'autres assureurs ont versé des prestations sont considérées comme des rechutes. Elles ne sont réputées nouvelles maladies que lorsque la personne assurée a retrouvé sa pleine capacité de travail pendant une durée ininterrompue de 365 jours au minimum avant la survenance de la nouvelle incapacité de travail (al. 1).

En vertu de l'art. E6 CGA, régissant l'indemnité journalière pour le chef d'entreprise et les membres de sa famille qui collaborent à l'entreprise, lorsque, sur constatation du médecin, l'assuré est dans l'incapacité de travailler, la défenderesse paie l'indemnité journalière à l'échéance du délai d'attente convenu et, tout au plus pendant la durée des prestations indiquée dans la police (al. 1). Lorsque l'assuré est totalement dans l'incapacité de travailler, la défenderesse paie l'indemnité journalière mentionnée dans la police. En cas d'incapacité de travail partielle, l'indemnité est fixée proportionnellement au degré de cette incapacité; toutefois, si l'incapacité de travail est inférieure à 25 %, elle ne donne pas droit au versement d'une indemnité. Les jours d'incapacité de travail partielle de 25 % minimum comptent pleinement pour le calcul du délai d'attente et de la durée des prestations. (al. 2). Le salaire annuel assuré est divisé par 365 (al. 3). A l'échéance de la couverture d'assurance, la défenderesse continue à verser l'indemnité journalière pour les rechutes et les maladies en cours qui sont survenues pendant la durée de l'assurance, et ce, jusqu'à l'expiration de la durée des prestations convenue, mais, tout au plus, jusqu'au début du versement d'une rente relevant de la LPP ou d'institutions d'assurance étrangères correspondantes (al. 8).

Conformément à l'art. H2 al. 5 CGA, la défenderesse a le droit, à des fins de clarification du sinistre, d'exiger des pièces justificatives supplémentaires et d'autres renseignements (par exemple certificats, décomptes de salaire, descriptifs de poste de travail, etc.) et de consulter les dossiers officiels (par exemple extraits de décomptes AVS). Sur demande de la défenderesse, le preneur d'assurance et

---

l'assuré doivent autoriser d'autres assureurs et organismes, qui s'occupent du même sinistre et/ou sont en mesure de fournir des renseignements pour le traitement du cas, à lui communiquer des informations.

8. 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. Une expertise privée n'est en revanche pas un moyen de preuve mais une simple allégation de partie (ATF 141 III 433 consid. 2.5.2 et 2.5.3). 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).

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 ne 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).

9. En préambule, la Cour de céans précise que l'expertise du Dr E\_\_\_\_\_, dont se prévaut la défenderesse à l'appui de ses conclusions, relève d'une allégation de partie. Toutefois, le demandeur n'en conteste pas les conclusions en tant qu'elles portent sur son incapacité de travail durable à exercer sa profession de couvreur.

Cette incapacité doit dès lors être considérée comme établie. Elle est du reste confirmée par les certificats établis par la Dresse C\_\_\_\_\_ portant sur la période du

1<sup>er</sup> janvier 2017 au 28 février 2018, dont la défenderesse ne conteste pas non plus l'exactitude.

10. En l'espèce, il convient en premier lieu de trancher le point de savoir si l'incapacité de travail du demandeur depuis le 4 janvier 2016 relève d'une rechute, ce qui pourrait fonder un droit de la défenderesse à la restitution des prestations versées depuis lors.

La défenderesse, se référant notamment aux rapports médicaux du Dr D\_\_\_\_\_, soutient que les lombosciatalgies entravaient la capacité de travail du demandeur déjà avant le 4 janvier 2016.

On rappellera à titre préliminaire que la première de ces expertises a été réalisée à la demande de la défenderesse, si bien qu'elle ne revêt que le caractère d'une allégation de partie, dans la mesure où elle est expressément contestée par le demandeur. La valeur probante de la seconde, établie sur mandat de l'OAI, s'apprécie librement.

Le rhumatologue a certes fixé l'incapacité de travail du demandeur à un taux de 47% dans son rapport du 26 mars 2013. Or, le Dr D\_\_\_\_\_ a tenu compte, dans cette évaluation, d'atteintes étrangères aux lombosciatalgies qui sont à l'origine de l'incapacité actuelle de travail du demandeur. Pour ce motif déjà, on ne saurait suivre la défenderesse.

De plus, l'évaluation médico-théorique du Dr D\_\_\_\_\_ pour le futur ne suffit pas à retenir que les lombosciatalgies entraînaient une incapacité de travail dans l'année qui précède le cas d'assurance annoncé à la défenderesse en janvier 2016. Sur ce point, il faut rappeler que l'estimation médicale théorique de l'incapacité de travail n'est pas seule déterminante (ATF 111 V 235 consid. 1b) et que la notion d'incapacité de travail ne relève pas exclusivement de l'appréciation du médecin, puisqu'il n'existe pas de corrélation entre diagnostic et incapacité de travail et que l'analyse médicale des répercussions d'une affection implique nécessairement une grande variabilité et un certain pouvoir d'appréciation (cf. ATF 140 V 193 consid. 3.1). Or, il apparaît en l'espèce que le demandeur a repris son activité à plein temps après l'expertise du Dr D\_\_\_\_\_. En effet, comme le demandeur le relève à juste titre, il n'a déclaré aucune incapacité de travail à la défenderesse depuis le 5 janvier 2015.

Cette dernière affirme que cela ne suffit pas à exclure une telle incapacité, et conteste également la portée du courrier de la Dresse C\_\_\_\_\_ du 2 octobre 2017 confirmant l'absence d'incapacité de travail certifiée par elle dès cette date. La défenderesse ne peut toutefois être suivie sur ce point. D'une part, comme cela ressort *a contrario* de l'art. E6 CGA, la reconnaissance d'une incapacité de travail suppose nécessairement un constat médical. Ainsi, on ne saurait admettre d'incapacité de travail sans certificat médical correspondant, étant rappelé que l'appréciation pour le futur du Dr D\_\_\_\_\_ ne constitue pas un constat probant en l'espèce. D'autre part, en tant que l'argumentation de la défenderesse peut être

---

comprise en ce sens que d'autres médecins auraient pu établir un arrêt de travail durant cette période, elle reviendrait à exiger du demandeur la preuve d'un fait négatif, puisqu'elle implique qu'il démontre qu'aucun certificat médical n'a été établi. Or, un fait négatif ne peut être établi par une preuve directe et fait l'objet d'un allègement de la charge de la preuve. Il peut en outre être inféré de faits positifs (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_988/2014 du 1<sup>er</sup> septembre 2015 consid. 3.2). En l'espèce, eu égard à ces principes, on peut considérer comme démontré au degré de la vraisemblance prépondérante que le demandeur n'a pas connu d'incapacité de travail durant la période en cause. En effet, il n'existe pas de raison de mettre en doute les déclarations de la Dresse C\_\_\_\_\_ et aucun indice ne suggère que le demandeur aurait consulté d'autres médecins. On voit d'ailleurs mal pour quel motif il aurait sollicité des arrêts de travail s'il n'entendait pas faire valoir son droit à une indemnisation par la défenderesse. En effet, dès lors qu'il est indépendant, il n'a pas à justifier d'éventuelles absences auprès de son employeur et n'a ainsi pas besoin de se faire délivrer des certificats d'arrêt de travail. Par ailleurs, contrairement aux allégations de la défenderesse, les documents comptables du demandeur concourent également à démontrer qu'il a exercé une activité lucrative à temps complet avant le 4 janvier 2016, au vu des chiffres d'affaires réalisés.

Par surabondance, même s'il fallait admettre - en dépit de ce qui précède - que le demandeur a été en incapacité de travail dans l'année précédant le 4 janvier 2016, cela n'aurait pas les conséquences que la défenderesse veut y attacher. En effet, les CGA définissent à leur art. E4 les rechutes comme les maladies liées à des cas antérieurs ayant donné lieu au versement de prestations par des assureurs. Or, la défenderesse n'a pas alloué de prestations au demandeur durant les 365 jours avant l'incapacité de travail survenue le 4 janvier 2016. L'OAI n'a pas non plus reconnu le droit du demandeur à des prestations durant cette période. Partant, même dans l'hypothèse d'une capacité de travail déjà limitée avant le 4 janvier 2016, le cas d'assurance dès cette date ne relèverait pas d'une rechute au sens des CGA.

Cette solution se confirme également à la lecture de l'art. E1 CGA. En effet, dès lors que cette disposition précise que les prestations sont versées pour pallier les conséquences économiques de l'incapacité de travail, il n'y a par définition pas de cas d'assurance lorsque l'assuré poursuit son activité lucrative nonobstant les prescriptions médicales, et ne subit ainsi pas de perte patrimoniale effective (cf. sur la notion de cas d'assurance en matière d'indemnités journalières pour maladie ATF 141 III 241 consid. 3.1).

Par conséquent, c'est à juste titre que la défenderesse a versé des indemnités journalières au demandeur dès le 4 janvier 2016 et elle ne peut en exiger la restitution. La demande reconventionnelle en ce sens est donc rejetée.

11. Reste à déterminer si la défenderesse était fondée à mettre un terme au versement des prestations au 9 janvier 2017.

a) L'art. 61 LCA dispose que lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage; s'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur sur les mesures à prendre et s'y conformer (al. 1); si l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2 ). L'art. 61 LCA exprime un principe général du droit des assurances, qui s'applique également à l'assurance des personnes et aux assurances de sommes, notamment à l'assurance d'indemnités journalières, et qui entraîne l'obligation de l'assuré de diminuer le dommage par un changement de profession lorsqu'un tel changement peut raisonnablement être exigé de lui, pour autant que l'assureur l'ait averti à ce propos et lui ait donné un délai adéquat (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1). Un délai de trois à cinq mois doit en règle générale être considéré comme adéquat (RAMA 2000 n° KV 112 p. 122 consid. 3a).

Le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 21 al. 4 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA - RS 830.1), qui prévoit la réduction ou la suspension de prestations lorsque l'assuré ne se soumet pas aux traitements ou aux mesures de réinsertion professionnelle raisonnablement exigibles et susceptibles d'améliorer notablement sa capacité de travail, moyennant mise en demeure assortie d'un délai de réflexion, est applicable par analogie aux assureurs privés, la démarche prévue par la LPGA étant une concrétisation des règles de la bonne foi (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_111/2010 du 12 juillet 2010 consid. 3.1). La doctrine relève toutefois qu'on ne peut en déduire que la portée de l'obligation de diminuer le dommage doit être analysée selon les principes développées en assurances sociales. En effet, les assurances privées et les assurances sociales reposent sur des fondements différents, notamment en ce qui concerne la répartition des risques. Les intérêts à pondérer sont différents. En particulier, les fictions largement répandues dans le droit des assurances sociales - comme celle d'un marché équilibré du travail - et les règles probatoires selon l'expérience de la vie ne s'appliquent pas aux assurances privées (Kaspar GEHRING, Schadenminderung und Mitwirkung: Was können private Versicherungen verlangen?, REAS 2018 p. 132-133 ; Anne-Sylvie DUPONT, Incapacité de travail et incapacité de gain: la fin du mélange des genres, REAS 2013 p. 129).

La jurisprudence a ainsi retenu que l'analyse médico-théorique ne constitue qu'une première étape du raisonnement auquel il y a lieu de procéder pour appliquer l'art. 61 al. 2 LCA. En effet, cette disposition ne permet pas à l'assureur de réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique, qui n'est pratiquement pas réalisable. Le juge doit au contraire procéder à une analyse concrète de la situation. Partant, il doit se demander, en fonction de l'âge de l'assuré et de l'état du marché du travail, quelles sont ses chances réelles de trouver un emploi tenant compte de ses limitations fonctionnelles. Il doit également examiner, en fonction de la formation, de l'expérience et de l'âge de l'assuré, si un

tel changement d'activité peut réellement être exigé de lui. La réduction de l'indemnité est exclue s'il n'est en réalité pas possible de limiter le préjudice par un changement d'activité professionnelle. Il faut donc qu'il soit démontré que cette nouvelle activité permettrait effectivement à l'assuré de réaliser un revenu supérieur à celui qu'il peut encore obtenir en conservant son emploi (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_529/2012 du 31 janvier 2013 consid. 2.4). Il incombe à l'assureur qui n'entend pas indemniser la totalité du dommage subi par l'assuré de prouver que ce dernier a violé son devoir de réduire le dommage. A cet égard, il lui appartient de démontrer que les mesures tendant à diminuer le dommage qui n'ont pas été prises par l'assuré pouvaient raisonnablement être exigées de celui-ci (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_304/2012 du 14 novembre 2012 consid. 2.3). Notre Haute Cour a retenu que lorsque l'assureur se fonde exclusivement sur l'appréciation médico-théorique et ne donne aucune indication sur les chances concrètes de l'assuré de pouvoir exercer une activité adaptée à son état de santé, sur l'activité envisageable et sur le revenu réalisable, ce défaut d'allégation l'empêche d'emblée de se prévaloir de l'art. 61 al. 2 LCA (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_574/2014 du 15 janvier 2015 consid. 4.2).

Il faut encore préciser que l'art. A4 al. 3 CGA ne revêt pas de portée propre par rapport à l'obligation de diminuer le dommage prévue par la loi.

b) En l'espèce, la défenderesse s'est contentée d'impartir un délai au demandeur pour retrouver un travail adapté, sans lui préciser la nature de cet emploi, ni analyser ses chances réelles de se réinsérer, ni même déterminer si cette activité lui procurerait un revenu excluant le versement d'indemnités. Ce n'est qu'au cours de la procédure judiciaire qu'elle a avancé qu'un emploi de bureau ou de représentant de commerce, tel que suggéré par le Dr D\_\_\_\_\_, pouvait être envisagé, et qu'elle a affirmé que le calcul du revenu d'invalidité fondé sur les salaires statistiques exclurait toute perte de gain - sans toutefois procéder à un quelconque calcul étayant cette allégation. Eu égard à l'arrêt du 15 janvier 2015 précité, ces considérations, tardives et incomplètes, paraissent insuffisantes pour reprocher au demandeur une violation de son obligation de diminuer le dommage.

Quoi qu'il en soit, une analyse concrète de la situation du demandeur révèle que ses chances de réinsérer le marché du travail sont pour ainsi dire inexistantes : on rappellera qu'il était âgé de plus de 60 ans lorsque la demanderesse a exigé un changement de profession. Il a par ailleurs toujours travaillé en tant qu'indépendant et ne dispose d'aucune formation. Dans ces conditions, il paraît illusoire de considérer qu'il est en mesure de retrouver un emploi de bureau ou de représentant de commerce. Il n'a en effet aucune compétence propre à ces métiers et aucune expérience dans ces domaines. Par analogie, il a été admis en assurance-invalidité que la reprise d'un emploi adapté était exclue pour un assuré de près de 60 ans, ayant uniquement travaillé en tant que menuisier et agriculteur indépendant (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_612/2007 du 14 juillet 2008 consid. 5.2), alors même que, dans l'assurance-invalidité, l'exigibilité d'un changement de profession s'analyse à

---

l'aune d'un marché équilibré du travail, fiction qui non transposable sans autres en assurances privées selon la doctrine, comme on l'a vu.

Il importe en outre de souligner qu'on ne peut retenir que l'exigibilité d'un changement de profession doit être analysée selon l'âge du demandeur à l'époque où le Dr D\_\_\_\_\_ a mentionné le caractère adapté d'une activité de bureau. En effet, dans cette expertise, le Dr D\_\_\_\_\_ avait précisément conclu que l'activité de couvreur pouvait se faire dans des conditions correctes et la défenderesse n'avait d'ailleurs pas demandé de changement de profession à réception de cette expertise.

Ainsi, au vu des circonstances concrètes, il n'est pas possible d'exiger du demandeur une reconversion professionnelle.

Son incapacité de travail persistant, les indemnités journalières lui sont dues jusqu'à l'épuisement du droit aux prestations stipulé dans le contrat, soit durant 358 jours dès le 10 janvier 2017, soit jusqu'au 2 janvier 2018.

Le montant de l'indemnité journalière étant de CHF 136.98, le demandeur a droit à un montant de CHF 49'038.84 (358 x CHF 136.98).

12. Le demandeur exige le versement d'intérêts moratoires.

Les CGA ne prévoient aucun terme pour l'exigibilité des prestations qui y sont stipulées. 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. Les conséquences de l'exigibilité des prestations se déterminent d'après le droit des obligations, par renvoi de l'art. 100 LCA (Olivier CARRE, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, Lausanne 2000, p. 301). Selon l'art. 102 CO, le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier (al. 1). 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 (al. 2). L'écoulement du délai de quatre semaines prévu à l'art. 41 LCA ne suffit pas à considérer que le jour d'exécution est expiré. En effet, l'art. 102 al. 2 CO exige une convention entre les parties afin de fixer le jour de l'exécution, alors que le délai de quatre semaines repose sur la loi. De plus, le terme de l'obligation ne peut être déterminé avec précision puisqu'on ne peut savoir à l'avance quand ce délai de quatre semaines commence à courir, le point de savoir si l'assureur dispose de tous les documents étant sujet à interprétation. Ainsi, la doctrine majoritaire considère qu'une interpellation est nécessaire pour que l'assureur soit en demeure (Jürg NEF, Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], 2001, n. 20 ad art. 41). L'interpellation doit décrire la prestation à effectuer de manière suffisamment précise pour que le débiteur puisse reconnaître ce que le créancier exige. Si la prestation est pécuniaire, le montant doit en principe être chiffré (ATF 129 III 535 consid. 3.2.2). 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. Elle peut être antérieure à la date à laquelle la prestation est due (Luc THÉVENOZ, Commentaire romand, Code des obligations I, 2<sup>ème</sup> éd. 2012, nn. 17 et 19 ad art. 102).

Le taux de l'intérêt moratoire s'élève à 5%, conformément à l'art. 104 al. 1 CO.

En l'espèce, la défenderesse a été mise en demeure pour la première fois en décembre 2016. Les intérêts moratoires peuvent être fixés selon une date moyenne, dès lors que le montant dû mensuellement ne varie guère. Il convient ainsi de suivre le calcul du demandeur, qui a conclu à des intérêts dès le 7 juillet 2017 - jour qui se situe 179 jours après la première indemnité due et 179 jours avant la dernière indemnité due. C'est ainsi dès cette date que les intérêts moratoires à 5% sont dus.

13. Compte tenu des éléments qui précèdent, les conclusions du demandeur sont entièrement admises.

La demande reconventionnelle est en revanche rejetée.

L'art. 94 al. 1 CPC dispose que lorsque la demande principale et la demande reconventionnelle s'opposent, la valeur litigieuse se détermine d'après la prétention la plus élevée.

L'art. 95 al. 3 let. b CPC prévoit que les dépens comprennent le défraiement d'un représentant professionnel. Le droit à une indemnité pour frais d'avocat découle ainsi du droit fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 4C\_1/2011 du 3 mai 2011 consid. 6.2). Les cantons sont compétents pour fixer le tarif des frais comprenant les dépens (cf. art. 96 CPC). À 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 obtenant gain de cause, il a droit à des dépens. Compte tenu de la valeur litigieuse la plus élevée, soit CHF 49'038.84, ces dépens seront fixés à CHF 7'500.- (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 la demande et la demande reconventionnelle recevables.

**Au fond :**

2. Admet la demande.
3. Condamne la défenderesse à verser au demandeur la somme de CHF 49'038.84 avec intérêts à 5% l'an dès le 7 juillet 2017.
4. Rejette la demande reconventionnelle.
5. Condamne la défenderesse à verser au demandeur une indemnité de dépens de CHF 7'500.-.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile (Tribunal fédéral suisse, avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14). 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.
8. La valeur litigieuse des conclusions pécuniaires est en l'espèce, au sens de la LTF, supérieure ou égale à CHF 30'000.-.

La greffière

La Présidente

Marie-Catherine SÉCHAUD

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