

## **GE\_GERICHTE ATAS/1010/2013 vom 15. Oktober 2013**

GE Cour de justice, 2013-10-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1010\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1010_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1010/2013 du 15 octobre 2013

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1010/2013 del 15 ottobre 2013

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

La compétence de la Cour de céans et la recevabilité de la demande en paiement ont déjà été admises par arrêt du 17 avril 2012, de sorte qu'il n'y sera pas revenu.

A/3423/2011 - 13/25 -

#### **E. 2**

Le litige porte sur l'octroi d'indemnités journalières postérieurement au 30 septembre 2011. Singulièrement, il porte sur la question de savoir si un changement d'activité peut raisonnablement être exigé de la demanderesse, sur ses chances réelles de trouver un emploi qui tienne compte de ses limitations fonctionnelles, sur ses possibilités de gain et partant, sur le délai d'adaptation qui devrait lui être accordé.

#### **E. 3**

A titre préalable, la Cour de céans rappelle les éléments suivants : - la demanderesse est au bénéfice d'un contrat d'assurance conclu avec la défenderesse soumis à la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1), de sorte qu'il s'agit d'une assurance complémentaire à l'assurance sociale relevant du droit privé (art. 12 al. 2 et 3 LAMal ; ATF 133 III 439 consid. 2.1) ; - la police d'assurance perte de gain maladie, valable entre le 1er janvier 2010 et le 31 décembre 2014, prévoit une indemnité journalière de 80% du gain assuré, lequel est fixé à 100'000 fr., durant 750 jours, après un délai d'attente de 30 jours ; - aux termes des CGC édition 1/2007 applicables, la ZURICH paie l'indemnité journalière convenue pendant la durée d'incapacité de travail attestée par le médecin, mais au plus tôt après l'expiration du délai d'attente indiqué dans la police (art. 8.4 let. a). De plus, en cas d'incapacité partielle de travail, la ZURICH paie une indemnité journalière proportionnelle au degré d'incapacité. Les jours d'incapacité partielle de travail sont comptés en plein pour le calcul de la durée des prestations et du délai d'attente (art. 8.8). Est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique mentale ou psychique. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession (art. 6). - les indemnités journalières ont été versées dès le 12 mai 2010, soit après un délai de 30 jours débutant le 12 avril 2010, date à partir de laquelle la demanderesse était en incapacité de travail à 50%, et ce jusqu'au 30 septembre 2011. L'éventuel droit aux 750 indemnités journalières se termine le 30 avril 2012 (du 12 avril au 31 décembre 2010 : 264 jours ; année 2011 : 365 jours et 1er janvier au 30 avril 2012 : 121 jours).

#### **E. 4**

D'après l'art. 61 LCA, lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage. S'il y a 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 son obligation posée à l'alinéa 1 de faire tout

A/3423/2011 - 14/25 - ce qui est possible pour réduire le dommage, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2). L'obligation de l'assuré de diminuer le dommage découlant de l'art. 61 LCA peut impliquer, dans le domaine de l'assurance des indemnités journalières, l'obligation pour l'assuré de changer d'activité professionnelle, si un tel changement peut raisonnablement être exigé de lui (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 et les arrêts cités). L'assureur qui entend faire application de l'art. 61 al. 2 LCA doit inviter l'assuré à changer d'activité et lui impartir pour cela un délai d'adaptation approprié pour s'accommoder aux nouvelles conditions ainsi que pour trouver un emploi; en règle générale, un délai de trois à cinq mois doit être considéré comme adéquat (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 p. 531 et les arrêts cités; cf. aussi: arrêt 5C.74/2002 du 7 mai 2002 consid. 3a et c). Il incombe à l'assureur, qui n'entend pas indemniser la totalité du dommage subi par l'assuré, de prouver que celui-ci a violé son devoir de réduire le dommage (cf. art. 8 CC; PETER DIENER, *Verminderung von Gefahr und Schaden im Versicherungsvertragsverhältnis*, 1970, p. 106). 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 (HÖNGER/SÜSSKIND, in *Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, 2001, no 30 ad art. 61 LCA; DIENER, *op. cit.*, p. 106). La réduction de l'indemnité est exclue s'il n'est en réalité pas possible de réduire le dommage par un changement d'activité professionnelle, une personne raisonnable - non couverte par une assurance - placée dans la même situation n'envisageant à l'évidence pas de changer d'activité dans ces conditions (sur le critère cf. arrêt 5C.74/2002 déjà cité consid. 3c; HÖNGER/SÜSSKIND, *op. cit.*, no 15 ad art. 61 LCA; ALFRED MAURER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3e éd. 1995, p. 344 et les références).

## **E. 5**

a) Pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal, la procédure simplifiée s'applique (art. 243 al. 2 let. f du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 – CPC, RS 272) et la Cour établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC). Lorsqu'il doit établir les faits d'office, le tribunal admet des faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC). La jurisprudence applicable avant l'introduction du CPC, prévoyant l'application de la maxime inquisitoire sociale aux litiges relevant de l'assurance-maladie complémentaire, reste pleinement valable (ATF 127 III 421 consid. 2). Selon cette maxime, le juge doit établir d'office les faits, mais les parties sont tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Ce principe n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. Le juge

A/3423/2011 - 15/25 - 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). b) 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). c) 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 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210), en l'absence de règles contraires, répartit le fardeau de la preuve et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF non publié 4C.386/2006 du 18 avril 2007 consid. 4.1 ; 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. d) En ce qui concerne la preuve, le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent

A/3423/2011 - 16/25 - un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Il y a vraisemblance prépondérante lorsqu'il est possible que les faits pertinents se soient déroulés différemment, mais que les autres possibilités ou hypothèses envisageables n'entrent pas raisonnablement en considération (ATF non publié 4A\_193/2008 du 8 juillet 2008 consid. 2.1.2; ATF 130 III 321 consid. 3.3 et les références citées). Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

## **E. 6**

a) La plupart des éventualités assurées (par exemple la maladie, l'accident, l'incapacité de travail, l'invalidité, l'atteinte à l'intégrité physique ou mentale) supposent l'instruction de faits d'ordre médical. Or, pour pouvoir établir le droit de l'assuré à des prestations,

l'administration ou le juge a besoin de documents que le médecin doit lui fournir. L'appréciation des données médicales revêt ainsi une importance d'autant plus grande dans ce contexte (ATF 122 V 158 consid. 1b et les références ; SPIRA, La preuve en droit des assurances sociales, in : Mélanges en l'honneur de Henri-Robert SCHÜPBACH, Bâle 2000, p. 268). b) Selon le principe de la libre appréciation des preuves, le juge apprécie librement les preuves médicales qu'il a recueillies, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Le juge doit examiner objectivement tous les documents à disposition, quelle qu'en soit la provenance, puis décider s'ils permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. S'il existe des avis contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion plutôt qu'une autre. En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant c'est que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et qu'enfin, les conclusions de l'expert soient dûment motivées. Au demeurant, l'élément déterminant pour la valeur probante n'est ni l'origine du moyen de preuve ni sa désignation comme rapport ou comme expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 125 V 351 consid. 3a, 122 V 157 consid. 1c et les références ; ATF non publié du 23 juin 2008, 9C\_773/2007, consid. 2.1). c) Le juge peut accorder pleine valeur probante aux rapports et expertises établis par les médecins des assureurs aussi longtemps que ceux-ci aboutissent à des résultats convaincants, que leurs conclusions soient sérieusement motivées, que ces

A/3423/2011 - 17/25 - avis ne contiennent pas de contradictions et qu'aucun indice concret ne permette de mettre en cause leur bien-fondé. Le simple fait que le médecin consulté est lié à l'assureur par un rapport de travail ne permet pas encore de douter de l'objectivité de son appréciation ni de soupçonner une prévention à l'égard de l'assuré. Ce n'est qu'en présence de circonstances particulières que les doutes au sujet de l'impartialité d'une appréciation peuvent être considérés comme objectivement fondés. Étant donné l'importance conférée aux rapports médicaux dans le droit des assurances sociales, il y a lieu toutefois de poser des exigences sévères quant à l'impartialité de l'expert (ATF 125 V 351 consid. 3b/ee ; ATFA non publié du 13 mars 2000, I 592/99). d) S'agissant de la valeur probante des rapports établis par les médecins traitants, le juge peut et doit tenir compte du fait que, selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier. Ainsi, la jurisprudence accorde plus de poids aux constatations faites par un spécialiste qu'à l'appréciation de l'incapacité de travail par le médecin de famille (ATF 125 V 351 consid. 3b/cc et les références ; RJJ 1995, p. 44 ; RCC 1988 p. 504 consid. 2). e) Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n. 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d).

## E. 7

a) En l'occurrence, au niveau médical, la Cour de céans s'est fondée, dans son arrêt du 17 avril 2012, sur l'expertise du Dr E \_\_\_\_\_ du 18 juillet 2011 pour conclure à une pleine capacité de travail de la demanderesse dans une activité adaptée depuis le 6 juin 2011. En particulier, les autres médecins ne s'étaient pas prononcés sur la capacité de travail dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles et leurs rapports n'avaient pas permis de remettre en cause les conclusions du Dr E \_\_\_\_\_. Le Tribunal fédéral a considéré que le Dr E \_\_\_\_\_ se bornait à affirmer que, d'un point de vue médico-théorique, l'assurée pourrait retrouver une pleine capacité de travail dans une activité adaptée, sans donner aucune indication sur ses chances concrètes de pouvoir exercer une telle activité. b) Un nouveau rapport de spécialiste a été versé au dossier dans le cadre de l'instruction mise en œuvre par la Cour de céans suite au renvoi de la cause par le

A/3423/2011 - 18/25 - Tribunal fédéral. Il s'agit du rapport du Dr G \_\_\_\_\_, qui a effectué une expertise pour l'OAI et rencontré la demanderesse à deux reprises en novembre 2012. Dans son rapport du 3 janvier 2013, il a posé les diagnostics de lombalgies chroniques sur une discopathie inflammatoire L4-L5 et L5-S1 sévère entraînant une instabilité (rétrolisthésis L4-L5 et L5-S1) irradiant dans les deux fesses, la colonne dorsale et lombaire, présente depuis le mois de février 2010, et une suspicion d'une spondyloarthrite. Ces diagnostics avaient une répercussion sur la capacité de travail. L'expert a notamment expliqué les raisons qui lui ont permis de retenir une suspicion de spondyloarthrite et a proposé au médecin traitant de discuter avec le rhumatologue de l'instauration d'un traitement de fond de Methotrexate ou d'anti- TNF. Il a estimé que la capacité de travail de la demanderesse était limitée à 50% dans toutes les activités, étant précisé que ses limitations fonctionnelles concernaient le port de charges de plus de 2 kilogrammes, les mouvements répétés du rachis, la position en porte-à-faux et les positions debout statiques prolongées et qu'elle devait pouvoir changer de position toutes les 45 minutes et « d'étendre » toutes les 4 heures, durant une heure. Le Dr E \_\_\_\_\_ s'est prononcé sur les constatations du Dr G \_\_\_\_\_ dans un complément d'expertise daté du 26 mars 2013, remettant en cause tant ses constatations que ses conclusions. Si le rapport du Dr G \_\_\_\_\_ est fondé sur une anamnèse familiale, médicale et professionnelle de la demanderesse, sur son dossier médical, les documents radiologiques et sur ses plaintes et s'il expose les raisons conduisant à retenir les diagnostics, ses conclusions concernant la capacité de travail ne sont pas suffisamment motivées. En effet, cet expert conclut en substance que dans la mesure où la demanderesse avait adapté son activité de physiothérapeute en se concentrant sur la rééducation maxillo-faciale, activité assimilable à une activité de bureau et lui permettant de respecter ses limitations fonctionnelles, elle ne pouvait pas travailler à plus de 50% dans une activité adaptée, tel qu'elle le faisait actuellement. Dès lors, l'expert n'a pas apporté d'explication circonstanciée quant à l'influence objective que jouent les atteintes constatées sur la capacité de travail de la demanderesse, mais justifie sa position sur les déclarations de celle-ci. Son rapport ne saurait ainsi se voir reconnaître pleine valeur probante au sens de la jurisprudence, de sorte que la Cour de céans ne peut pas se fonder sur son rapport pour déterminer concrètement quelle est la capacité de travail dans une activité adaptée. Quant au Dr E \_\_\_\_\_, il a certes persisté, dans son rapport complémentaire de mars 2013, que la capacité de travail de la demanderesse était 50% dans l'activité habituelle et de 100% dans une activité adaptée, en expliquant notamment que les données d'imagerie médicale montraient un status clinique quasi constant depuis son expertise de 2011 et que le traitement qu'il préconisait ne

pouvait qu'améliorer l'état de santé de la demanderesse et le stabiliser. Il a toutefois essentiellement

A/3423/2011 - 19/25 - justifié les limitations fonctionnelles par des considérations d'ordre général et ne concernant pas la demanderesse de manière spécifique. En effet, il a confirmé les limitations fonctionnelles mentionnées dans son rapport d'expertise, en disant qu'il s'agissait de limitations mécaniques propres aux troubles dégénératifs du rachis, que toute personne dans un poste de travail classique prenait au moins quelques minutes de pause toutes les heures et toutes les deux heures et qu'une personne avec un rachis dégénératif doit se lever environ 5 minutes par heure, parfois un peu plus, le temps de se détendre. Par ailleurs, on ne comprend pas les raisons qui permettent au Dr E\_\_\_\_\_ de retenir que la demanderesse pourrait, dans le cadre d'une formation professionnelle, rester environ 10 à 20% debout et 80 à 90% assise ou inversement. Enfin, il convient de relever que cet expert a remis en cause de manière inadaptée le rapport du Dr G\_\_\_\_\_, en usant dans son rapport de tournures ironiques et inappropriées propres à remettre en cause les capacités professionnelles du Dr G\_\_\_\_\_ – exemples : « le manque de rigueur est criard » ; « un travail d'expert est précisément d'aller au bout de la démarche diagnostique avant d'affirmer quoi que ce soit ; surtout quand on prend le temps et la rémunération de voir une personne expertisée deux fois de suite » ; « est-ce finalement bien une expertise que nous avons sous les yeux ? ». L'ensemble de ces éléments sont de nature à ébranler sérieusement la crédibilité de l'expertise, de sorte qu'il n'est raisonnablement pas possible d'en suivre les conclusions. Quoi qu'il en soit, il sera constaté que l'expert affirme toujours, d'un point de vue médico- théorique, que la capacité de travail de la demanderesse est de 100% dans une activité adaptée à son état de santé et qu'il ne donne pas d'indication sur ses chances concrètes de pouvoir exercer une telle activité (cf. ATF 4C\_304/2012 consid. 2.4). Il n'est ainsi pas possible de résoudre, sur la base des rapports des experts-médecins au dossier, la question pour laquelle le Tribunal fédéral a renvoyé la cause à la Cour de céans. Une audition du Dr E\_\_\_\_\_ en particulier, qui a été requise par la défenderesse, n'est pas nécessaire compte tenu des éléments qui suivent.

## **E. 8**

a) Il convient ci-après de discuter si un changement d'activité pouvait être raisonnablement exigible de la demanderesse ainsi que de la question de ses chances réelles de trouver un emploi tenant compte de ses limitations fonctionnelles, de ses possibilités de gain et d'un éventuel délai de réadaptation. La demanderesse, âgée de 48 ans en 2011 et de 49 ans en 2012, a effectué une formation de physiothérapeute qu'elle a terminée durant l'année 1989, puis a suivi des formations continues chaque année. Elle a travaillé aux HUG de 1989 à 2000, après quoi elle a exercé l'activité de physiothérapeute à titre indépendant, dans les domaines de la rééducation maxillo-faciale, les traitements de céphalées de tension, les traitements rhumatologiques (incluant la rééducation posturale) et les

A/3423/2011 - 20/25 - traitements orthopédiques/traumatiques. Suite au développement de ses troubles lombaires en 2010, la demanderesse a concrètement adapté son activité de physiothérapeute, afin de tenir compte de ses limitations fonctionnelles en découlant, en concentrant son activité sur la rééducation maxillo-faciale. La Cour de céans considère qu'à l'âge de 48-49 ans, alors qu'une personne a exercé une activité indépendante durant une dizaine d'années, il semble difficile d'exiger d'elle qu'elle change d'activité lucrative et notamment qu'elle débute une activité lucrative salariée dans un nouveau domaine d'activité dans lequel elle n'a jamais pratiqué. La modification d'activité est d'autant plus

compliquée qu'elle se double d'un changement de statut, qui implique une perte de liberté, en tant qu'elle devrait dorénavant suivre les instructions d'une tierce personne dans le cadre d'une activité salariée. Les limitations fonctionnelles retenues sont également un facteur qui rend en pratique plus difficile toute reconversion professionnelle. Par ailleurs, il convient également de tenir compte de l'investissement de la demanderesse dans sa profession de physiothérapeute, en ce sens qu'elle a dû développer des relations avec les médecins pour que ceux-ci lui envoient des patients et qu'elle a continué à se former depuis qu'elle a obtenu son diplôme en suivant annuellement plusieurs formations continues. Qui plus est, la demanderesse continue à exercer cette activité alors même qu'elle ne touche plus d'indemnités journalières (cf. par exemple local.ch, tel.search.ch, etc), ce qui est un indice de ce que ferait une personne raisonnable face au choix de changer ou non de profession suite à une atteinte à la santé affectant son activité habituelle. Enfin, la défenderesse l'a avertie au mois de juin 2011 qu'elle allait arrêter de lui verser des indemnités journalières au mois de septembre 2011. Au-delà du fait qu'un tel délai paraît effectivement en pratique court lorsqu'il s'agit de remettre son cabinet à un éventuel successeur, la période durant laquelle des indemnités pouvaient encore être versées était d'un peu plus de 10 mois depuis le 21 juin 2011, puisque la fin d'un éventuel droit aux prestations – de 750 jours – a été fixée au 30 avril 2012. Un tel délai est manifestement trop court pour qu'une formation complémentaire ou une reconversion soit entreprise et permette à la demanderesse de débiter une nouvelle activité adaptée à son état de santé avant la fin de ce délai. En particulier, comme le relève la demanderesse, une nouvelle formation avec obtention d'un CFC dure en tous cas les trois ans et les formations continues en cours d'emploi sont rarement inférieures à un an (cf. par exemple : CAS en neuroréhabilitation ou en physiothérapie cardiorespiratoire <http://postgrade.hesav.ch/formation-continue-et-postgrade/formation/cas-hesav/>). Quant à la défenderesse, elle admet implicitement que la demanderesse n'avait pas à changer d'activité lucrative dans la mesure où elle soutient qu'elle pouvait continuer à exercer son activité de physiothérapeute dans des domaines adaptés à son état de santé, tel que celui de la réadaptation maxillo-faciale.

A/3423/2011 - 21/25 - La Cour de céans conclut, au vu de ces éléments, qu'un changement d'activité ou de profession n'était pas raisonnablement exigible de la demanderesse et qu'une personne raisonnable n'envisagerait pas, tout comme la demanderesse, un changement d'activité dans ces conditions. b) Se pose encore la question de savoir si la demanderesse a pris les mesures nécessaires pour diminuer son dommage dans sa profession de physiothérapeute indépendante et si elle pouvait concrètement exercer une activité à plus de 50%. Tout d'abord, tous les médecins ayant examiné la demanderesse ont estimé qu'elle ne présentait qu'une capacité de travail de 50% dans son activité habituelle de physiothérapeute. Par ailleurs, la défenderesse soutient que les revenus de la demanderesse étaient stables depuis 2005 en se basant sur les comptes de celles-ci, de sorte qu'elle ne subissait pas de perte de gain dans sa profession de physiothérapeute. De plus, l'activité dans le domaine de la rééducation maxillo-faciale était susceptible, d'après la défenderesse, d'être exercée à 100%. En ce qui concerne le premier argument, la demanderesse estime que la défenderesse avait renoncé à se prévaloir des éléments résultant de ses comptes durant la procédure cantonale ayant abouti à l'arrêt du 17 avril 2012, de sorte qu'elle ne pouvait plus soulever ce moyen aujourd'hui en se fondant sur l'art. 229 al. 3 CPC. A cet égard, la défenderesse a sollicité, d'une part, la production des comptes de la demanderesse dans sa réponse à la demande en paiement du 16 janvier 2012, de sorte que les allégations de la demanderesse sont visiblement erronées. D'autre part, il sera constaté

que la Cour de céans établit les faits d'office, que la maxime inquisitoire sociale s'applique et que le Tribunal fédéral a annulé l'arrêt de la Cour de céans du 17 avril 2012 et lui a renvoyé la cause pour instruction et nouvelle décision. Partant, des faits et moyens de preuve nouveaux au sens de l'art. 229 al. 3 CPC peuvent être librement introduits jusqu'à ce que la cause soit gardée à juger. Il apparaît dès lors que les comptes de la demanderesse mettent en exergue que le montant de ses honoraires a diminué entre les années 2005/2006/2007 (109'040.25/103'381.42/109'944.59), années durant lesquelles il n'est pas contesté qu'elle a travaillé à 100%, et les années 2011 et 2012 (70'467.65/60'684.98). Cette diminution est d'environ 35% pour 2011 et de 44% pour 2012. Quant à son bénéfice (après cotisations), il a diminué de plus de 50% entre les années 2005/2006/2007 (58'211.56/51'885.36/61'077.44) et les années 2011 et 2012 (25'595.75/20'613.38). Dès lors, contrairement à ce qu'allègue la défenderesse, les revenus de la demanderesse ne sont de loin pas restés stables, mais ont au contraire baissé de manière importante, ce qui est un indice de la diminution de la capacité de travail de la demanderesse.

A/3423/2011 - 22/25 - Quoi qu'il en soit, la Cour de céans rappelle que l'indemnité journalière est due, d'après les CGC de la défenderesse, pendant la durée de l'incapacité de travail attestée par un médecin, et ce proportionnellement à l'incapacité de travail (art. 6 et 8). Par conséquent, comme il est établi que la demanderesse était en incapacité de travail à 50% dans son activité habituelle durant toute la période concernée, soit du 1er octobre 2011 au 30 avril 2012, elle a en principe le droit à une indemnité journalière à hauteur de 50% durant cette période. Il convient encore de se demander, comme le soutient la défenderesse, si l'activité de physiothérapeute en rééducation maxillo-faciale était susceptible d'être exercée à 100%. Avant le mois d'avril 2010, la demanderesse exerçait son activité dans les quatre domaines suivants : la rééducation maxillo-faciale, les traitements de céphalées de tension, les traitements rhumatologiques (incluant la rééducation posturale) et les traitements orthopédiques/traumatiques. Ses atteintes touchant essentiellement le rachis lombaire et ses limitations fonctionnelles concernant en substance, d'après les rapports des médecins au dossier, le port de charges, les stations debout et assise prolongées et la position en porte-à-faux lombaire et cervical, elle a décidé de se concentrer sur les traitements de rééducation maxillo-faciale (cf. rapport du Dr G\_\_\_\_\_). En effet, les trois autres domaines d'activité rentrent à l'évidence en conflit avec les limitations fonctionnelles exposées. Il résulte de ces éléments que la demanderesse a manifestement adapté son activité lucrative de physiothérapeute, afin de tenir compte de ses atteintes somatiques. Certes, elle n'a pas explicité si elle n'exerçait que la rééducation maxillo-faciale ou si elle continuait également à effectuer des traitements dans ses trois autres domaines d'activité – ce qui semble le plus vraisemblable au vu des déclarations du Dr G\_\_\_\_\_ – il apparaît toutefois qu'elle a pris les mesures nécessaires, et les seules qu'elle pouvait immédiatement prendre dans son activité de physiothérapeute, afin de lui permettre de continuer à exercer son activité habituelle et de diminuer son dommage. Qui plus est, on peut douter que la spécificité des traitements maxillo-faciaux permette à la demanderesse d'avoir une clientèle à plus de 50%. Compte tenu de ces éléments et du fait qu'il résulte des rapports médicaux que la capacité de travail de la demanderesse est de 50% dans son activité habituelle, c'est cette capacité de travail de 50% qui doit être retenue, de sorte qu'elle a droit à une indemnité journalière de 50%. Le grief de la défenderesse sera dès lors rejeté. c) Pour le surplus, selon les considérants du Tribunal fédéral, il appartient à l'assureur, qui ne veut pas indemniser la totalité du dommage subi par l'assurée, de prouver que celle-ci n'a pas pris les mesures raisonnablement exigibles tendant à diminuer son

dommage (consid. 2.3 de l'ATF 4A\_304/2012). Toutefois, force est de relever qu'une telle preuve n'a pas été rapportée. En particulier, la défenderesse, qui a contesté qu'une telle preuve lui incombait, n'a ni prouvé ni même allégué quelles activités autres que celle de physiothérapeute la demanderesse était susceptible d'exercer et n'a d'ailleurs pas déterminé le revenu qu'elle pourrait

A/3423/2011 - 23/25 - concrètement obtenir d'une telle activité. Elle a également estimé qu'il n'était pas nécessaire de requérir du service de réadaptation de l'OAI une liste des activités que la demanderesse pourrait exercer compte tenu de ses limitations fonctionnelles, de sorte qu'une telle mesure d'instruction n'a finalement pas été ordonnée. Dès lors que le fardeau de la preuve incombait à la défenderesse et au vu de tous les éléments exposés ci-dessus, la demande en paiement ne peut être qu'admise. d) La demanderesse sera ainsi mise au bénéfice d'indemnités journalières à 50% pour toute la période courant du 1er octobre 2011 au 30 avril 2012. Le montant de l'indemnité journalière ayant été fixé à 109 fr. 59 par arrêt du 17 avril 2012, la demanderesse a droit au versement d'une somme de 23'342 fr. 65 (109.59 x 213 [1er octobre au 31 décembre 2011 : 92 jours et 1er janvier au 30 avril 2012 : 121]).

#### **E. 9**

Pour ce qui est 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. En l'espèce, on peut considérer, au vu de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, que ce n'est que suite à réception du dossier de l'OAI, des comptes de 2010 à 2012 de la demanderesse, et finalement de l'expertise du Dr E\_\_\_\_\_ envoyée à la défenderesse en date du 9 avril 2013 et reçue au plus tôt le 10 avril 2013, que celle-ci disposait des éléments permettant d'établir le montant de la totalité des indemnités journalières dues. Pour qu'une créance d'assurance produise des intérêts moratoires, il ne suffit toutefois pas qu'elle soit exigible. Encore faut-il que l'assureur soit en demeure, en principe à la suite d'une interpellation au sens de l'art. 102 al. 1 CO (JÜRIG NEF, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n° 20 ad art. 41 LCA et les références). En l'occurrence, la demanderesse a manifesté pour la première fois sa volonté de recevoir les indemnités journalières lors de sa demande en paiement en octobre 2011. Dès lors, on peut considérer que l'intérêt moratoire est dû quatre semaines après le

#### **E. 10**

En conclusion, le montant de 23'342 fr. 65 encore dû par la défenderesse portera intérêts à 5 % l'an dès le 8 mai 2013.

#### **E. 11**

Les cantons sont compétents pour fixer le tarif des frais comprenant les dépens (art. 96 CPC en relation avec l'art. 95 al. 3 let. b). A Genève, le règlement fixant le

A/3423/2011 - 24/25 - tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RTFMC ; RS E 1 05.10) détermine notamment le tarif des dépens, applicable aux affaires civiles contentieuses (art. 1 RTFMC). La demanderesse, représentée par un conseil, obtenant gain de cause, la défenderesse est condamnée à lui verser une indemnité de 3'000 fr. à titre de dépens, TVA et débours inclus (art. 106 al. 1 CPC ; art. 20 à 23 de la loi d'application du code civil et du code des obligations du 7 mai 1981 [LaCC ; RS E 1 05]; art. 84 et 85 du

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

A/3423/2011 - 25/25 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES  
SOCIALES : Statuant A la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte  
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.