

GE_GERICHTE ATAS/802/2016 vom 29. September 2016

GE Cour de justice, 2016-09-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_802_2016

FR: GE_GERICHTE ATAS/802/2016 du 29 septembre 2016

IT: GE_GERICHTE ATAS/802/2016 del 29 settembre 2016

Erwägungen

E. 13

À partir du 20 juin 2013, la capacité de travail de l'assurée a été augmentée à 50%.

E. 14

Mandaté par l'assurance, le docteur G_____, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil locomoteur, a rendu un rapport d'expertise le 5 juillet 2013, après avoir examiné l'assurée à sa consultation le

E. 16

En date du 2 septembre 2013, l'assurée a contesté devoir ce montant. Elle a en particulier relevé que le fait de se rendre à son salon de coiffure ne signifiait pas qu'elle soit complètement remise et plus limitée dans les mouvements de son bras et de son épaule « droite » (sic). Sa présence au salon, à raison d'environ une heure le matin ou le soir, était justifiée par son souci d'être au courant de la gérance. Elle contestait avoir exercé son activité de coiffeuse.

E. 17

Le 24 septembre 2013, l'assurance a maintenu sa position. Elle a indiqué que l'attention de l'assurée avait été attirée, lors de l'entretien du 15 avril 2013, sur le fait qu'une incapacité totale de travail ne devrait pas lui permettre de se rendre sur son lieu de travail. Les rapports d'observation ne lui seraient remis qu'aux termes d'explications explicites et dûment protocolées.

E. 18

Entendue le 24 octobre 2013, l'assurée, accompagnée d'une collaboratrice d'ASSUAS, a nié avoir travaillé au-delà de la prescription médicale attestée et refusé de rembourser les montants réclamés. Elle a en particulier nié avoir passé dix heures au salon durant son incapacité de travail. Elle a affirmé n'avoir pas travaillé lorsqu'elle était en arrêt à 100% et avoir peut-être « touché la tête de quelqu'un, mais c'est tout » durant son arrêt à 90%. Elle ne pouvait d'ailleurs toujours pas faire deux brushings de suite. Elle n'avait jamais caché se rendre au salon. Elle n'avait jamais fait de peinture. Invitée à prendre position sur les photos de surveillance, l'assurée a relevé qu'il n'y avait pas de client lorsqu'elle donnait des directives à son employée ou rangeait le

A/4386/2015 - 9/25 - salon, que l'armoire qu'elle avait déplacée était sur roulettes et pouvait être poussée d'une seule main, et qu'elle n'avait pas travaillé lorsqu'elle était au salon. L'assurée a allégué que les signatures apposées sur la proposition d'assurance et sur le questionnaire de santé n'étaient pas les siennes, seul le document de la réserve médicale étant signé de sa main. Sa mandataire avait reçu une copie de la missive du 17 avril 2013 modifiant le salaire assuré. L'assurée a ajouté qu'elle n'avait pas les moyens de rembourser

les sommes réclamées ; cela l'acculerait à la faillite, car son salon ne tournait pas bien.

E. 19

Par courrier du 4 novembre 2013, l'assurée, par l'intermédiaire d'un avocat, a contesté les prétentions de l'assurance et maintenu qu'il était vital pour un chef d'entreprise de tenter de garder contact avec sa clientèle. Elle a rappelé que l'assurance lui avait adressé une nouvelle police le 18 avril 2013 et que les signatures apposées sur la proposition d'assurance et le questionnaire médical n'étaient pas les siennes ; selon elle, il s'agissait d'un probable faux dans les titres. Elle avait demandé à son médecin de réduire son incapacité de travail de 100% à 90% de manière à pouvoir effectuer une petite part de travail dans le salon, compatible avec ses limitations, sans que cela ne cause problème.

E. 20

L'assurance lui a répondu le 12 novembre 2013, en relevant notamment que l'assurée avait signé la réserve et que la police d'assurance n°1_____ lui avait été remise.

E. 21

A compter du 2 décembre 2013, l'assurée a recouvré une capacité de travail de 80%.

E. 22

Le 12 décembre 2013, elle a formé opposition au commandement de payer qui lui avait été notifié suite à l'introduction d'une poursuite par l'assurance (poursuite n°3_____), pour un montant de CHF 37'029.35 avec intérêts à 5% dès le 10 juin 2013.

E. 23

Par courrier du 7 janvier 2014, l'assurée a réclamé à l'assurance le paiement d'indemnités journalières (CHF 164.38) correspondant à une incapacité de travail de 90% du 1er mai au 19 juin 2013, de 50% du 20 juin au 1er décembre 2013 et de 20% du 2 au 31 décembre 2013 (CHF 23'424.20) et le remboursement d'un trajet en taxi (CHF 160.- pour une course le 16 mai 2013 entre les Acacias et Bellevue). L'assurance était mise en demeure de s'acquitter de ces montants dans les cinq jours.

E. 24

Le jour même, l'assurée a requis la poursuite (poursuite n°4_____) de l'assurance auprès de l'Office des poursuites du district de Nyon.

E. 25

Le 8 janvier 2015, l'assurance a formé opposition au commandement de payer un montant de CHF 24'424.20, plus intérêt à 5% dès le 30 septembre 2013, et CHF 160.- plus intérêt à 5% dès le 16 mai 2013.

A/4386/2015 - 10/25 -

E. 26

Par courrier du 9 janvier 2014, l'assurance a souligné que la surveillance avait démontré que les limitations physiques dont se plaignait l'assurée et qui l'empêchaient d'exercer son métier de coiffeuse même à temps partiel ne l'avaient pas gênée pour déplacer des meubles ou repeindre son échoppe. Elle était donc apte à effectuer des travaux bien plus pénibles que l'activité de coiffeuse et s'était rendue coupable d'une prétention frauduleuse.

E. 27

Le 21 octobre 2014, l'assurance a déposé une requête de conciliation puis a introduit une demande en paiement le 31 mars 2015 par-devant le Tribunal de première instance (TPI), lequel a déclaré la demande irrecevable, vu son incompétence *ratione materiae* (JTPI/14750/15 du 3 décembre 2015).

E. 28

En date du 14 décembre 2015, l'assurance a déposé une demande en paiement devant la Cour de céans en concluant, sous suite de dépens, à ce que l'assurée soit condamnée à lui payer la somme de CHF 37'029.35 avec intérêts à 5% dès le 10 juin 2013, au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition faite le 15 mai 2013 au commandement de payer (poursuite n° 3 _____) et à ce que ladite poursuite aille sa voie. En substance, la demanderesse reproche à l'assurée d'avoir dissimulé et déclaré inexactement des faits qui auraient été propres à influencer l'étendue des prestations versées. En effet, la défenderesse a exercé ses fonctions bien au-delà de sa capacité de travail médicalement attestée, alors qu'elle déclarait souffrir de douleurs invalidantes l'empêchant d'exercer sa profession. La demanderesse était ainsi fondée à refuser de couvrir le sinistre, à résilier la police d'assurance au jour du sinistre et à réclamer le remboursement des prestations versées entre le 6 novembre 2012 et le 30 avril 2013 (CHF 24'843.15), ainsi que les frais extraordinaires engagés dans le cadre de l'instruction du dossier (CHF 14'235.-), sous déduction de la part de prime revenant à l'assurée suite à la résiliation anticipée de la police d'assurance au 6 novembre 2012 (CHF 2'048.80).

E. 29

Par écriture du 11 janvier 2016, la défenderesse a conclu à ce que la demanderesse soit déboutée de toutes ses conclusions. Sur demande reconventionnelle, elle conclut, sous suite de frais, à la condamnation de la demanderesse au paiement de CHF 24'424.20 avec intérêt à 5% dès le

E. 30

Dans sa détermination du 15 février 2016, la demanderesse a persisté et conclu reconventionnellement, sous suite de dépens, au déboutement de la défenderesse. La demanderesse argue notamment que l'assurée n'a jamais remis en question la conclusion de l'assurance perte de gain ni contesté être liée par un tel contrat, et qu'il ressort des pièces qu'elle a contrevenu aux prescriptions médicales. Compte tenu du fait que le contrat d'assurance perte de gain a été annulé au 6 novembre 2012, la défenderesse n'est pas fondée à réclamer des prétentions à ce titre. Cela étant, la demanderesse considère qu'elle a agi conformément à ses conditions générales en établissant une nouvelle police d'assurance et la défenderesse n'a jamais contesté l'ajustement de sa police quant au montant du revenu annuel effectif, entré en vigueur le 1er avril 2013, de sorte que le montant de l'indemnité journalière s'élève à CHF 109.58. Enfin, faire droit à la conclusion de la défenderesse demandant le remboursement de ses honoraires d'avocat reviendrait à lui accorder une indemnité de procédure supplémentaire par un biais détourné, ce qui ne serait pas admissible. A l'appui de sa position, l'assurance produit notamment les décomptes des indemnités journalières versées, soit CHF 164.38 par jour du 20 novembre 2012 au

E. 31

Copie de cette écriture a été communiquée à la défenderesse le 27 février 2016.

E. 32

Par pli du 30 août 2016, la Cour de céans a informé les parties que, sauf indication contraire de leur part, elle considérerait qu'elles renonçaient à demander une audience de débats.

A/4386/2015 - 12/25 -

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 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la LAMal, relevant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (LCA - RS 221.229.1). Selon la police d'assurance n°1_____, le contrat est régi par les conditions générales d'assurance (ci-après : CGA), édition 2010, lesquelles mentionnent à l'art. 25.2 que pour tous les états de faits qui ne sont pas réglés par les CGA, la LCA fait foi. La compétence de la chambre de céans à raison de la matière pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 2. L'art. 46a LCA prescrit que le for se définit selon la loi du 24 mars 2000 sur les fors (LFors) qui a été abrogée au 1er janvier 2011 par l'entrée en vigueur du CPC, auquel il convient désormais de se référer. Sauf disposition contraire de la loi, pour les actions dirigées contre une personne physique, le for est celui de son domicile (art. 10 al. 1 let. a CPC), étant précisé que l'art. 17 al. 1 CPC consacre la possibilité d'une élection de for écrite. En l'espèce, l'art. 26 CGA prévoit que, pour toute prétention découlant du contrat d'assurance, la Compagnie peut être actionnée au domicile suisse du preneur d'assurance, à celui de la personne assurée ou de l'ayant droit ainsi qu'au siège de la Compagnie. La défenderesse ayant son domicile à Genève, la Cour de céans est compétente à raison du lieu pour connaître de la demande. 3. La loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004, entrée en vigueur le 1er janvier 2006 (LSA - RS 961.01) ne contient pas de règles spécifiques concernant les délais relatifs aux contestations de droit privé qui s'élèvent entre les entreprises d'assurance et les assurés. Les litiges relatifs aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie ne sont pas soumis à la procédure de conciliation préalable de l'art. 197 CPC lorsque les cantons ont prévu une instance cantonale unique selon l'art. 7 CPC (ATF 138 III 558 consid. 4.5 et 4.6 ; ATAS/577/2011 du 31 mai 2011), étant rappelé que le législateur genevois a fait usage de cette possibilité.

A/4386/2015 - 13/25 - Par conséquent, déposée dans les formes prévues à l'art. 244 CPC, la demande principale est recevable. 4. Selon l'art. 14 al. 1 CPC, une demande reconventionnelle peut être formée au for de l'action principale lorsqu'elle est dans une relation de connexité avec la demande principale. En l'occurrence, cela doit être admis en ce qui concerne la demande tendant au paiement de la somme de CHF 24'424.20, puisque les demandes principale et reconventionnelle concernent toutes deux la validité de la résiliation du contrat d'assurance pour cause de prétention frauduleuse, singulièrement le droit de la défenderesse aux indemnités journalières. Il n'en va pas de même, en revanche, de la demande de remboursement de CHF 160.- (soit le prix d'une course en taxi effectuée le 16 mai 2013, vraisemblablement pour se rendre à l'examen d'expertise du Dr G_____ dont le cabinet se situe à Bellevue), celle-ci n'étant pas en relation de connexité avec la demande principale. Partant, la demande reconventionnelle n'est recevable qu'en ce qui concerne le paiement de CHF 24'424.20. 5. Le litige porte sur le droit de la demanderesse de résilier le contrat pour cause de prétention frauduleuse et, par conséquent, de réclamer à la défenderesse le remboursement des indemnités journalières versées, respectivement sur

le droit de la défenderesse à percevoir de telles indemnités suite à l'incapacité de travail qui a débuté le 6 novembre 2012 et s'est poursuivie jusqu'au 31 décembre 2013, selon les pièces produites. 6. La procédure simplifiée s'applique aux litiges portant sur des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal (art. 243 al. 2 let. f CPC) et la chambre de céans établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC). La jurisprudence applicable avant l'introduction du CPC, prévoyant l'application de la maxime inquisitoire sociale aux litiges relevant de l'assurance-maladie complémentaire, reste pleinement valable (ATF 127 III 421 consid. 2). Selon cette maxime, le juge doit établir d'office les faits, mais les parties sont tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Ce principe n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. Le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces; il est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuves sont complètes uniquement lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner leurs moyens de preuve et de les présenter. La maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaisir l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a). La maxime inquisitoire sociale ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve (arrêt du Tribunal fédéral 4C.185/2003 du 14 octobre 2003 consid. 2.1). Pour toutes

A/4386/2015 - 14/25 - les prétentions fondées sur le droit civil fédéral, l'art. 8 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (CC; RS 210), en l'absence de règles contraires, répartit le fardeau de la preuve et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 133 III 323 consid. 4.1 non publié ; ATF 130 III 321 consid. 3.1 ; ATF 129 III 18 consid. 2.6 ; ATF 127 III 519 consid. 2a). Cette disposition ne prescrit cependant pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées (cf. ATF 122 III 219 consid. 3c ; ATF 119 III 60 consid. 2c). Elle n'empêche pas le juge de refuser une mesure probatoire par une appréciation anticipée des preuves (ATF 121 V 150 consid. 5a). L'art. 8 CC ne dicte pas comment le juge peut forger sa conviction (ATF 122 III 219 consid. 3c ; ATF 119 III 60 consid. 2c ; ATF 118 II 142 consid. 3a). En tant que règle sur le fardeau de la preuve, il ne s'applique que si le juge, à l'issue de l'appréciation des preuves, ne parvient pas à se forger une conviction dans un sens positif ou négatif (ATF 132 III 626 consid. 3.4 et ATF 128 III 271 consid. 2b/aa). Ainsi, lorsque l'appréciation des preuves le convainc de la réalité ou de l'inexistence d'un fait, la question de la répartition du fardeau de la preuve ne se pose plus (ATF 128 III 271 consid. 2b/aa). 7. En vertu de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. En conséquence, la partie qui fait valoir un droit doit prouver les faits fondant ce dernier, tandis que le fardeau de la preuve relatif aux faits supprimant le droit, respectivement l'empêchant, incombe à la partie, qui affirme la perte du droit ou qui conteste son existence ou son étendue. Cette règle de base peut être remplacée par des dispositions légales de fardeau de la preuve divergentes et doit être concrétisée dans des cas particuliers (ATF 128 III 271 consid. 2a/aa avec références). Ces principes sont également applicables dans le domaine du contrat d'assurance (ATF 130 III 321 consid. 3.1). En principe, un fait est tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la vérité d'une allégation. La loi, la doctrine et la jurisprudence ont apporté des exceptions à cette règle d'appréciation des preuves. L'allègement de la preuve est alors justifié par un « état de nécessité en matière de preuve » (Beweisnot), qui se rencontre lorsque, par la nature même

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

A/4386/2015 - 15/25 - hypothèses envisageables ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 133 III 81 consid. 4.2.2 ; ATF 132 III 715 consid. 3.1 ; ATF 130 III 321 consid. 3.3). D'après l'art. 8 CC, la partie qui n'a pas la charge de la preuve a le droit d'apporter une contre-preuve. Elle cherchera ainsi à démontrer des circonstances propres à faire naître chez le juge des doutes sérieux sur l'exactitude des allégations formant l'objet de la preuve principale. Pour que la contre-preuve aboutisse, il suffit que la preuve principale soit ébranlée, de sorte que les allégations principales n'apparaissent plus comme les plus vraisemblables (ATF 130 III 321 consid. 3.4). Le juge doit procéder à une appréciation d'ensemble des éléments qui lui sont apportés et dire s'il retient qu'une vraisemblance prépondérante a été établie (ATF 130 III 321 consid. 3.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_61/2011 du 26 avril 2011 consid. 2.1.1). 8. Le principe de la libre appréciation des preuves s'applique lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des prestations en matière d'assurance sociale. Rien ne justifie de ne pas s'y référer également lorsque, comme en l'espèce, une prétention découlant d'une assurance complémentaire à l'assurance sociale est en jeu (arrêt du Tribunal fédéral 4A_5/2011 du 24 mars 2011 consid. 4.2). Selon ce principe, le juge apprécie librement les preuves médicales qu'il a recueillies, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Le juge doit examiner objectivement tous les documents à disposition, quelle que soit leur provenance, puis décider s'ils permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. S'il existe des avis contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion plutôt que sur une autre. En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant, c'est que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et enfin que les conclusions de l'expert soient dûment motivées. Au demeurant, l'élément déterminant pour la valeur probante n'est ni l'origine du moyen de preuve ni sa désignation comme rapport ou comme expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 125 V 351 consid. 3a ; ATF 122 V 157 consid. 1c et les références ; cf. également ATF 134 V 231 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_412/2010 du 27 septembre 2010 consid. 3.1). 9. a. Sous le titre marginal « prétention frauduleuse », l'art. 40 LCA prévoit que si l'ayant droit ou son représentant, dans le but d'induire en erreur, dissimule ou déclare inexactement des faits qui auraient exclu ou restreint l'obligation de l'assureur, ou si, dans le but d'induire l'assureur en erreur, il ne fait pas ou tardivement les communications que lui impose l'art. 39 LCA, l'assureur n'est pas lié par le contrat envers l'ayant droit. L'art. 39 LCA précise que, sur

demande de

A/4386/2015 - 16/25 - l'assureur, l'ayant droit doit lui fournir tout renseignement sur les faits à sa connaissance qui peuvent servir à déterminer les circonstances dans lesquelles le sinistre s'est produit ou à fixer les conséquences du sinistre. b. D'un point de vue objectif, la dissimulation ou la déclaration inexacte doit ainsi porter sur des faits propres à influencer l'existence ou l'étendue de l'obligation de l'assureur; en d'autres termes, il faut que, sur la base d'une déclaration correcte des faits en question, l'assureur n'ait à verser qu'une prestation moindre ou même aucune prestation. En outre, d'un point de vue subjectif, l'ayant droit doit avoir agi avec la conscience et la volonté d'induire l'assureur en erreur, sans qu'il importe qu'il soit parvenu ou non à ses fins. L'assureur peut alors refuser toute prestation, même si la fraude ne se rapporte qu'à une partie du dommage (arrêt du Tribunal fédéral 4A_17/2011 du 14 mars 2011 consid. 2 et les références). L'art. 40 LCA formule un moyen libératoire pour l'assureur, de sorte qu'il incombe à ce dernier de prouver les faits permettant l'application de cette disposition, laquelle est conçue pour l'hypothèse où l'ayant droit fait des déclarations mensongères relevant de l'escroquerie à l'assurance, en particulier pour le cas où il déclare un dommage plus étendu que celui qui est survenu en réalité. Lorsque les conditions de l'art. 40 LCA sont réunies, l'assureur peut non seulement refuser ses prestations, mais il peut aussi se départir du contrat et répéter en principe celles qu'il a déjà versées, cette faculté n'existant cependant qu'à l'égard de l'auteur de la tromperie (arrêt du Tribunal fédéral 4A_671/2010 consid. 2.6 et les références) et pour le contrat affecté par elle (ATF 131 III 314 consid. 2.3). 10. En l'occurrence, la demanderesse reproche à la défenderesse d'avoir exercé une activité professionnelle en la dissimulant dans un premier temps, puis au-delà des prescriptions médicales, alors qu'elle déclarait souffrir de douleurs invalidantes l'empêchant de travailler. 11. a. Il convient en premier lieu d'examiner si la défenderesse a fait des déclarations mensongères concernant son état de santé et sa capacité de travail. b. La chambre de céans rappellera en premier lieu que le Dr G_____, expert mandaté par la demanderesse, a conclu dans son rapport du 5 juillet 2013 que l'incapacité de travail était justifiée. Il a notamment retenu que la défenderesse ne pouvait lever le membre supérieur gauche au-dessus de l'horizontale et précisé que les conséquences d'une capsulite rétractile pouvait persister entre six à dix-huit mois. c. Lors de la première surveillance (du 21 au 23 mars 2013), la défenderesse a été observée alors qu'elle portait un sac de la main gauche, qu'elle poussait de cette même main la porte d'entrée de son salon, qu'elle rangeait des articles (sans précision sur la main utilisée et les gestes réalisés), qu'elle tenait un sac de litière pour chat alternativement des mains gauche et droite ou encore alors qu'elle était occupée avec un ordinateur portable.

A/4386/2015 - 17/25 -

Le rapport relatif à la seconde surveillance (du 24 au 25 mai 2013) indique que la défenderesse ne montrait aucune limitation dans ses mouvements ou douleurs à l'effort, qu'elle avait porté de la main gauche jusqu'à deux sacs en même temps, dont l'un contenait notamment une bouteille d'un litre, avait changé de veste de façon fluide, s'était penchée pour enlacer une cliente, avait frotté une chaise avec un produit, peint des chaises et une armoire en tenant le pinceau ou le rouleau dans sa main droite et le pot de peinture d'un demi kilo de la main gauche, avait porté des deux mains le panneau publicitaire sans gêne ni restriction, déplacé une armoire volumineuse d'environ un mètre et mis une bâche de protection sur le sol. Aucune des actions décrites ci-dessus ne concerne le port de charges plus lourdes que celles que la défenderesse a indiqué pouvoir porter avec sa main gauche

sans douleur (jusqu'à 2 kg) ni l'élévation du membre supérieur gauche au-dessus de l'horizontale. En particulier, s'agissant des photos annexées aux rapports, on aperçoit la défenderesse avec les deux bras à l'horizontale et les coudes repliés à la verticale alors qu'elle est en train d'enfiler une veste, ce qui s'inscrit dans la limite décrite par le Dr G_____. Sur les images la montrant en train de rentrer le panneau publicitaire, elle a les coudes au corps. Enfin, l'activité de peinture n'apparaît pas contraire aux limitations fonctionnelles décrites puisque l'assurée a peint de la main droite et que le pot de peinture qu'elle tenait de la main gauche avait une contenance d'un demi-litre. Ainsi, les gestes observés ne sont pas susceptibles de remettre en cause l'incapacité de travail dont s'est prévalu la défenderesse pour obtenir des prestations de la part de la demanderesse. Rien ne permet donc de considérer que la défenderesse aurait fait des déclarations mensongères. 12. a. En ce qui concerne l'exercice d'une activité professionnelle, il est rappelé que la défenderesse a été en totale incapacité de travail du 6 novembre 2012 au 17 avril 2013. Durant cette période, elle a fait l'objet d'une surveillance par PRO'FIL, dont les détectives ont indiqué qu'elle passait sa journée au salon, surveillait et donnait des indications sur la manière de travailler à sa collaboratrice, encaissait les clients, rangeait des produits, répondait au téléphone, contrôlait son aide qui coiffait les clientes et avait fermé le salon. La chambre de céans observera tout d'abord que la défenderesse n'a pas été aperçue en train de coiffer des clients et que les détectives ont d'ailleurs noté qu'elle discutait dans le salon, « sans travailler ». C'est le lieu de relever que les CGA ne stipulent aucune interdiction faite aux assurés en incapacité de travail de se rendre sur leur lieu de travail. Seule est prévue l'interdiction de se rendre à l'étranger sans l'autorisation expresse de la demanderesse (art. 5.4 let. c). S'agissant de la synthèse des détectives, elle comporte la description de plusieurs actes qui n'ont pas été mentionnés dans leurs observations détaillées et minutées, à l'instar de l'encaissement de clients, de la réponse au téléphone ou encore de la surveillance et de la supervision de la coiffeuse. Ce paradoxe permet d'être

A/4386/2015 - 18/25 - dubitatif sur la fiabilité des indications contenues dans leur rapport, ce d'autant plus qu'ils ont relevé qu'il était « difficile de voir à l'intérieur pendant la journée ». Cela étant, la défenderesse a admis qu'elle prenait les rendez-vous, répondait au téléphone et s'occupait de l'agenda. Ces activités constituent certes des tâches nécessaires à la bonne marche du commerce, mais apparaissent très auxiliaires au métier de coiffeuse indépendante. De plus, elles n'ont été assumées par la défenderesse qu'occasionnellement, sans respecter d'horaire particulier. Il est rappelé à cet égard que la défenderesse a indiqué se rendre au salon vers 10h ou 11h - à moins de douleurs trop importantes ou d'une séance de physiothérapie (trois fois par semaine) - et en ressortir fréquemment pour faire des courses. Ces déclarations sont d'ailleurs corroborées par la surveillance, puisque les détectives ont observé que la défenderesse était arrivée après 10h le 22 mars 2013 et qu'elle était ressortie à de nombreuses reprises pour se rendre dans des commerces. En outre, le rapport fait état d'une surveillance du « jeudi 21 au samedi 23 mars 2013 » et la facture produite mentionne l'activité d'un détective de 7h30 à 12h le 23 mars 2013. Or, la journée du 23 mars 2013 n'est pas du tout décrite dans le rapport, ce qui permet de penser que la défenderesse n'est pas sortie de chez elle cette matinée-là. Il apparaît ainsi que la défenderesse n'a pas exercé son métier de coiffeuse alors qu'elle était en arrêt de travail ; elle a uniquement réalisé quelques tâches accessoires dans son salon de coiffure, afin de s'occuper et non pas dans un but lucratif puisque lesdites tâches incombaient en principe à son employée qui, seule, coiffait les clients. Ces faits n'étant pas susceptibles d'exclure ou de restreindre l'obligation de la demanderesse, ils sont sans pertinence sous l'angle de l'art.

40 LCA. b. Durant la période d'incapacité de travail à 90%, soit entre le 18 avril et le 19 juin 2013, la défenderesse a fait l'objet d'une seconde surveillance. Il a alors notamment été observé qu'elle téléphonait, se rendait dans son salon de coiffure (24 mai 2013 de 8h à 19h42), qu'elle avait ouvert ledit salon, frotté une chaise et peint plusieurs meubles jusqu'à 23h (25 mai 2013 de 8h30 à 23h). À nouveau, il sied de relever que la défenderesse n'a pas été aperçue en train de coiffer des clients et que les quelques tâches accessoires accomplies n'influent pas sur l'existence ou l'étendue de son droit aux indemnités journalières. Quant au fait d'avoir effectué des « travaux de peinture », même s'il a été caché, il n'est pas causal dès lors que cette activité ne fait pas partie des tâches d'une coiffeuse. La demanderesse n'était donc pas fondée, sur cette base, à réduire ou supprimer ses prestations. 13. Force est donc de conclure que la condition objective d'une prétention frauduleuse n'est pas réalisée. Par surabondance, la chambre de céans relèvera encore que, même si la condition objective de l'art. 40 LCA avait été réalisée, ce qui n'est pas le cas, la condition subjective ne le serait de toute façon pas. En effet, la défenderesse a spontanément

A/4386/2015 - 19/25 - déclaré à la demanderesse, alors qu'elle ignorait faire l'objet d'une surveillance, qu'elle se rendait fréquemment dans son salon de coiffure, sans y exercer son métier de coiffeuse, et qu'elle y passait du temps devant l'ordinateur, répondait au téléphone, prenait des rendez-vous et discutait avec sa clientèle, de peur de la perdre. Il ne fait aucun doute qu'elle aurait tu cet emploi du temps si elle avait voulu tromper la demanderesse et obtenir ainsi des prestations indues. Les conditions de l'art. 40 LCA n'étant pas réalisées, la demande principale doit être rejetée. 14. La défenderesse requiert, en tant que demanderesse reconventionnelle, le paiement de CHF 24'424.20 avec intérêt à 5% dès le 30 septembre 2013 et de CHF 160.- avec intérêt à 5% dès le 16 mai 2013, le prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition faite le 8 janvier 2015 au commandement de payer, poursuite n°4 _____ et la condamnation de la défenderesse reconventionnelle au paiement de la somme de CHF 12'200.- avec intérêts à 5% dès le 8 janvier 2016, à titre de réparation du dommage lié aux frais d'avocat avant la présente procédure. 15. La chambre de céans relèvera en préambule que les allégations de la demanderesse reconventionnelle concernant les signatures apposées sur la proposition d'assurance et sur le questionnaire de santé médical ne sont pas compréhensibles, dès lors que ses prétentions se fondent sur ces documents et qu'elle admet ainsi la validité de la police d'assurance entrée en vigueur le 29 mai 2012. Pour le surplus, il n'appartient pas à la chambre de céans d'examiner si les conditions d'une infraction pénale sont réunies. 16. Il est rappelé que la demande reconventionnelle est irrecevable en tant qu'elle porte sur le remboursement d'une facture de taxi (CHF 160.-). 17. S'agissant de la demande en paiement d'indemnités journalières, il y a lieu de constater, au vu du sort de la demande principale, que le contrat d'assurance- maladie complémentaire conclu entre les parties n'a pas été valablement résilié par la défenderesse reconventionnelle et que ce contrat est maintenu. Par conséquent, la demanderesse reconventionnelle a droit au versement des indemnités journalières conformément à sa police d'assurance. En vertu de l'art. 8.3 CGA, l'indemnité journalière est calculée sur la base du salaire annuel fixe convenu, en divisant par 365 le montant annuel indiqué dans la police. L'art. 5.2 let. b CGA prévoit que l'indemnité est payée au maximum pendant 730 jours pour l'ensemble des cas d'assurance, dans une période de 900 jours calendaires consécutifs. La nouvelle police d'assurance, établie en application de l'art. 8.3 CGA afin de tenir compte du salaire annuel corrigé, a été communiquée à la demanderesse reconventionnelle, comme cela ressort du procès-verbal de l'entretien du 24 octobre 2013 et du courrier du 4 novembre 2013. Faute de toute

demande de rectification dans le délai prévu à cet effet, ladite police est entrée en vigueur au

A/4386/2015 - 20/25 - 1er avril 2013. Depuis cette date, le salaire annuel assuré s'élève à CHF 40'000.-, de sorte que le montant de l'indemnité journalières complète est de CHF 109.58. La demanderesse reconventionnelle a donc droit aux indemnités journalières pour la période postérieure au 30 avril 2013, c'est-à-dire aux montants suivants, compte tenu des périodes d'incapacité de travail médicalement attestées :

- du 1er mai au 19 juin 2013 : 50 jours, incapacité de travail à 90%, indemnité journalière à CHF 98.62 (CHF 109.58 x 90%), soit CHF 4'931.- ; - du 20 juin au 1er décembre 2013 : 165 jours, incapacité de travail à 50%, indemnité journalière à CHF 54.79 (CHF 109.58 x 50%), soit CHF 9'040.35 ; - du 2 au 31 décembre 2013 : 30 jours, incapacité de travail à 20%, indemnité journalière à CHF 21.92 (CHF 109.58 x 20%), soit CHF 657.60.

Additionné aux indemnités déjà versées du 20 novembre 2012 au 30 avril 2013, ce solde de 245 jours respecte la limite de 730 jours prévue dans le contrat d'assurance. Partant, la défenderesse reconventionnelle sera condamnée à verser à la demanderesse reconventionnelle la somme de CHF 14'628.95.-. 18. La demanderesse reconventionnelle conclut également au versement d'intérêts sur les indemnités journalières. 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. Étant donné que les CGA applicables ne stipulent aucun terme de paiement pour les indemnités journalières, il convient d'admettre que la créance est exigible quatre semaines après réception des renseignements nécessaires conformément à l'art. 41 LCA (cf. dans un cas similaire arrêt du Tribunal fédéral 5C.177/2005 du 25 février 2006 consid. 6.2). 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 du code des obligations (CO - RS 220), 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

A/4386/2015 - 21/25 - 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). Une interpellation est une déclaration, expresse ou par acte concludant, adressée par le créancier au débiteur par laquelle le premier fait comprendre au second qu'il réclame l'exécution de la prestation due (Luc THÉVENOZ, Commentaire romand, Code des obligations I, 2ème éd. 2012, n. 17 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 demanderesse reconventionnelle a formellement interpellé la défenderesse reconventionnelle afin d'obtenir le versement des indemnités journalières, par courrier du 7 janvier 2014. Ce n'est donc que dès le lendemain que sa créance correspondant aux

indemnités journalières portera intérêt. Ainsi, les indemnités journalières pour la période du 1er mai au 31 décembre 2013, représentant la somme de CHF 14'628.95.-, portent intérêt à 5% dès le 8 janvier 2014. 19. Il convient encore de se prononcer sur la demande de mainlevée définitive. En vertu de l'art. 80 de la loi sur la procédure fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889 (LP - RS 281.1), le créancier qui est au bénéfice d'un jugement exécutoire peut requérir du juge la mainlevée définitive de l'opposition (al. 1). Les transactions ou reconnaissances passées en justice sont assimilées à des jugements (al. 2 ch. 1). L'art. 81 al. 1 LP prévoit que lorsque la poursuite est fondée sur un jugement exécutoire rendu par un tribunal ou une autorité administrative suisse, le juge ordonne la mainlevée définitive de l'opposition, à moins que l'opposant ne prouve par titre que la dette a été éteinte ou qu'il a obtenu un sursis, postérieurement au jugement, ou qu'il ne se prévale de la prescription. La décision de mainlevée n'a d'effet que sur la poursuite en cours (André SCHMIDT, Commentaire romand de la Poursuite et faillite, Bâle 2005, ad art. 80, no 17, p. 331). La chambre des assurances sociales de la Cour de justice statuant en dernière instance cantonale et dans l'accomplissement de tâches de droit public peut, selon ce qui précède, prononcer la mainlevée définitive d'une opposition à un commandement de payer puisque, statuant au fond, la condamnation au paiement est assimilée à un jugement exécutoire (ATF 109 V 46 consid. 4). Partant, il y a lieu de prononcer la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer, poursuite n° 4_____, à due concurrence des montants dont il a été reconnu qu'ils étaient dus à la demanderesse reconventionnelle (CHF 14'628.95 avec intérêts à 5 % dès le 8 janvier 2014).

A/4386/2015 - 22/25 - 20. La demanderesse reconventionnelle réclame en outre des dommages et intérêts correspondant aux honoraires d'avocat avant l'introduction de sa demande, soit CHF 12'200.-. Lorsque le dommage éprouvé par le créancier est supérieur à l'intérêt moratoire, le débiteur doit également réparer ce dommage, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 106 al. 1 CO). Selon la jurisprudence en la matière, font partie du dommage, dont il est possible de demander la réparation, les frais d'avocat avant procès, pour autant qu'ils ne soient pas couverts par les dépens alloués en vertu du droit de procédure et que l'intervention de l'avocat était justifiée (ATF 126 III 388 consid. 10b et références citées). En l'espèce, en dépit des certificats médicaux produits, la défenderesse reconventionnelle a mis un terme à ses prestations et déclaré se départir du contrat, invoquant une prétention frauduleuse. Elle n'est pas revenue sur sa position, malgré les conclusions du rapport d'expertise qu'elle avait elle-même sollicité. L'intervention d'un mandataire qualifié était nécessaire et la demanderesse reconventionnelle pouvait encore espérer, à ce stade, que la défenderesse reconventionnelle se rangerait à ses arguments de sorte qu'un procès aurait pu être évité. Par ailleurs, les dépens alloués judiciairement ne concernent que le défraiement d'un représentant professionnel en justice et non pas l'activité extrajudiciaire de celui-ci. Cela résulte du texte italien de l'art. 95 al. 3 let. b CPC, selon lequel les dépens comprennent « le spese per la rappresentanza professionale in giudizio ». Partant, la demanderesse reconventionnelle a droit au paiement des frais et honoraires extrajudiciaires de son avocat. Celui-ci les a établis à CHF 12'200.-, lesquels comprennent CHF 800.- de frais (pour la poursuite, des copies et envois postaux) et CHF 11'400.- d'honoraires (CHF 300.- x 38 heures pour l'étude du dossier, des entretiens, correspondances et téléphones, l'envoi d'une réquisition de poursuite, l'établissement d'un chargé de pièces et la rédaction d'un mémoire réponse au Tribunal de première instance, l'audience de conciliation et de comparution des mandataires devant ledit Tribunal). Cette facture comporte ainsi de nombreuses interventions en lien avec la procédure introduite par

la défenderesse reconventionnelle devant le Tribunal de première instance. Or, il ressort également de la note d'honoraire que le Tribunal de première instance a déjà condamné la défenderesse reconventionnelle à des dépens de CHF 1'200.-. En outre, il y a lieu de relever qu'une partie des entretiens et l'intégralité des recherches juridiques étaient également nécessaires pour la rédaction de la réponse et demande reconventionnelle, de sorte qu'il y a lieu de considérer qu'ils sont déjà compris dans les dépens.

A/4386/2015 - 23/25 - En l'absence de détails concernant le nombre d'heures déployées pour chaque activité, la chambre de céans arrêtera à dix heures les honoraires extrajudiciaires, soit CHF 3'000.-. 21. 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 aujourd'hui 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). La demanderesse principale n'a pas droit à des dépens dès lors qu'elle succombe (cf. art. 106 al. 1 CPC). La demanderesse reconventionnelle, représentée par un conseil, obtenant partiellement gain de cause, la défenderesse reconventionnelle est condamnée à lui verser une indemnité de CHF 3'600.- à titre de dépens, TVA et débours inclus (art. 106 al. 1 CPC; art. 20 à 26 de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 [LaCC - E 1 05] ; art. 84 et 85 du RTFMC). 22. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 114 let. e CPC et 89H al. 1 LPA).

A/4386/2015 - 24/25 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

1. Déclare recevables la demande principale déposée par GENERALI assurances générales SA et la demande reconventionnelle de Madame A_____ dans le sens des considérants. Au fond :
2. Rejette la demande principale et refuse la mainlevée de l'opposition à la poursuite n° 3_____ . 3. Dit que le contrat d'assurance perte de gain maladie conclu entre les parties, police n°1_____, n'a pas été valablement résilié par GENERALI assurances générales SA et que ce contrat est maintenu. 4. Admet partiellement la demande reconventionnelle, en ce sens que GENERALI assurances générales SA est condamnée à verser à Madame A_____ les indemnités journalières auxquelles cette dernière a droit pour la période du 1er mai au 31 décembre 2013, soit CHF 14'628.95. 5. Prononce la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer poursuite n°4_____ à due concurrence des montants dont il a été reconnu qu'ils étaient dus à Madame A_____ (CHF 14'628.95 avec intérêts à 5 % dès le 8 janvier 2014). 6. Condamne GENERALI assurances générales SA à verser à Madame A_____ la somme de CHF 3'000.- au titre de dommages et intérêts. 7. Condamne GENERALI assurances générales SA à verser à Madame A_____ la somme de CHF 3'600.- à titre de dépens. 8. Dit que les procédures sont gratuites. 9. Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile (Tribunal fédéral suisse, avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14), sans égard à sa valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b LTF). Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou

de son mandataire;

A/4386/2015 - 25/25 - il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoqués comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

Marie-Catherine SÉCHAUD

La présidente

Karine STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) par le greffe le

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