

# GE\_GERICHTE A/4388/2015 vom 25. Oktober 2016

GE Cour de justice, 2016-10-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_4388\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_4388_2015)

FR: GE\_GERICHTE A/4388/2015 du 25 octobre 2016

IT: GE\_GERICHTE A/4388/2015 del 25 ottobre 2016

## Erwägungen

### E. 1

ère Chambre En la cause Madame A\_\_\_\_\_, domiciliée au GRAND-LANCY, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Lionel HALPERIN demanderesse contre CSS ASSURANCE SA, sise Tribtschenstrasse 21, LUCERNE défenderesse EN FAIT

1. Madame A\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée ou la demanderesse), née le \_\_\_\_\_ 1962, exerce la profession de thérapeute à titre indépendant depuis 1998, activité consistant principalement en massages thérapeutiques. À ce titre, elle a souscrit, le 6 décembre 2005, une assurance maladie perte de gain pour entreprises auprès de CSS Assurance SA (ci-après : l'assureur ou la défenderesse), prévoyant le versement d'indemnités journalières à hauteur de 100% d'une masse salariale annuelle fixe de CHF 36'000.-, le délai d'attente étant de trente jours et la durée des prestations de 730 jours par cas, sous imputation du délai d'attente.![endif]>![if> 2. Le 30 janvier 2013, l'assurée a adressé à l'assureur un certificat du docteur B\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en médecine générale, attestant d'une incapacité de travail à 50% pour cause de maladie du 1 er janvier au 28 février 2013. Elle a également complété un formulaire d'incapacité de travail à l'intention de l'assureur, précisant que son incapacité de travail était motivée par des douleurs dorsales.![endif]>![if> 3. Le 15 février 2013, l'assureur a envoyé un décompte de prestations à l'assurée, mentionnant que son droit aux prestations s'élevait à CHF 1'430.55 pour la période du 1 er janvier au 28 février 2013.![endif]>![if> 4. Par certificat du 1 er mars 2013, le Dr B\_\_\_\_\_ a attesté que l'incapacité de travail de l'assurée était totale du 23 février 2013 au 3 mars 2013, puis partielle (50%) à partir du 4 mars 2013. Un retour à une capacité de travail pleine et entière était prévu à compter du 18 mars 2013. ![endif]>![if> 5. Le 15 mars 2013, l'assureur a adressé un second décompte de prestations à l'assurée, indiquant que son droit aux prestations s'élevait à CHF 986.55 pour la période du 1 er au 17 mars 2013.![endif]>![if> 6. Par courrier du 24 avril 2013, l'assureur a invité l'assurée à s'annoncer « à titre préventif » auprès de l'office AI de son canton de domicile (ci-après : l'OAI).![endif]>![if> 7. Le 29 avril 2013, le Dr B\_\_\_\_\_ a certifié que l'incapacité de travail de l'assurée était de 50% du 1 er au 31 mai 2013.![endif]>![if> 8. Dans un rapport du 23 mai 2013 à l'assureur, le Dr B\_\_\_\_\_ a indiqué que l'incapacité de travail de l'assurée était motivée par un état douloureux chronique sur genua valga et chondropathie rotulienne bilatérale. Elle présentait également des troubles statiques lombaires (scoliose sinistro-connexe et hyperlordose lombaire), une coxarthrose débutante bilatérale, des troubles dégénératifs cervicaux ainsi qu'une PSH (périarthrite scapulo-humérale) du côté gauche. Selon ce médecin, l'assurée partageait sa vie professionnelle entre les massages thérapeutiques à 80% – qu'il qualifiait de tâche pénible – et une activité d'hygiéniste dentaire. Elle avait développé progressivement un état d'épuisement depuis novembre 2012, lié à la somme des problèmes ostéo-articulaires, au caractère physique « de la profession exercée », ainsi qu'à des facteurs sociaux familiaux, car elle était seule pour

élever son enfant. L'assurée souffrait également de douleurs généralisées. Le traitement actuel consistait en « soutien et physiothérapie », sans médication. Il était trop tôt pour se prononcer sur l'évolution de la capacité de travail. Celle-ci s'élevait toujours à 50%, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013. 9. Par courrier du 23 mai 2013, l'assureur a transmis à l'OAI le dossier de l'assurée, ainsi qu'une demande de prestations d'invalidité complétée par cette dernière. 10. Dans un rapport du 26 août 2013 à l'OAI, le Dr B\_\_\_\_\_ a posé les diagnostics d'état douloureux chronique sur genua valga, chondropathie bilatérale, troubles statiques lombaires, troubles dégénératifs cervicaux, PSH gauche chronique et coxarthrose bilatérale débutante, précisant qu'ils étaient incompatibles avec l'exercice d'une activité à plein temps depuis janvier 2013. Il a précisé que l'incapacité de travail de 50% était toujours d'actualité, sans amélioration en vue. Même si l'activité habituelle était possible à mi-temps, le rendement était diminué dans l'activité de massage, celle-ci étant physiquement astreignante. 11. Par pli du 12 septembre 2013, l'assureur a résilié le contrat d'assurance d'indemnités journalières de l'assurée pour le 31 décembre 2013, motif pris qu'il ressortait d'une comparaison entre les primes payées et les prestations touchées que la charge découlant des sinistres était supérieure à la moyenne à long terme, soit 268.94% sur la période comprise entre le 1<sup>er</sup> janvier 2010 et le 30 avril 2013. 12. Le 17 septembre 2013, suite à la transmission par l'assurée de plusieurs certificats délivrés par le Dr B\_\_\_\_\_, attestant, le 28 mai, puis les 26 juin, 23 juillet et 27 août 2013, d'une incapacité de travail inchangée à 50% jusqu'au 30 septembre 2013, l'assureur a mandaté la clinique Corela pour la réalisation d'une expertise rhumato-psychiatrique. Sur quoi, ce centre d'expertises a mis en œuvre un examen psychiatrique, effectué par le docteur C\_\_\_\_\_ le 4 novembre 2013, ainsi qu'une consultation de l'appareil locomoteur, donnée le 22 novembre 2013 par la doctoresse D\_\_\_\_\_, rhumatologue. 13. Par certificats des 25 septembre et 23 octobre 2013, le Dr B\_\_\_\_\_ a attesté d'une incapacité de travail de 50% du 1<sup>er</sup> au 31 octobre 2013, respectivement du 1<sup>er</sup> au 30 novembre 2013. 14. Dans un rapport du 16 octobre 2013 à l'assureur, le Dr B\_\_\_\_\_ a indiqué que l'assurée partageait son temps entre les massages thérapeutiques et l'activité d'hygiéniste dentaire, cette dernière étant exercée à raison d'un jour par semaine. Dans l'attente du rapport d'expertise de la clinique Corela, il n'y avait pas de changement notable à signaler depuis le précédent rapport du 23 mai 2013. L'incapacité de travail était toujours de 50%. Le Dr B\_\_\_\_\_ estimait toutefois que la capacité de travail pouvait être augmentée si l'assurée se consacrait exclusivement à son activité d'hygiéniste dentaire, celle-ci étant physiquement moins astreignante. 15. Après avoir retracé l'anamnèse de l'assurée, recueilli ses plaintes et l'avoir examinée, les experts ont rendu leur rapport d'expertise le 12 décembre 2013. Même si l'assurée présentait une discopathie C5-C6, associée à des lésions uncarthrosiques au même niveau et en C4-C5, des lésions arthrosiques au niveau interapophysaire postérieur en L5-S1 et en L4-L5, une coxarthrose droite, en sus d'une déformation des deux genoux dans le plan frontal, de type « genua valga », la présence de douleurs diffuses était à mettre sur le compte d'une fibromyalgie. Les diagnostics retenus sur le plan somatique n'entraînaient aucune limitation dans l'activité professionnelle habituelle. En l'absence de diagnostic psychiatrique, il n'y avait aucune limitation des fonctions psychiques. Les experts retenaient ainsi, le 22 novembre 2013, une pleine capacité de travail de l'assurée dans son activité professionnelle habituelle, sans diminution de rendement. 16. Par pli du 17 décembre 2013, l'assureur a fait savoir à l'assurée qu'au vu des informations médicales en sa possession, une reprise de son activité

professionnelle habituelle était possible à 100% dès le 22 novembre 2013, mais que son arrêt de travail à 50% serait néanmoins indemnisé jusqu'au 31 décembre 2013 au plus tard. Dès lors, l'assurée était invitée à reprendre son activité professionnelle à 100% dès le 1er janvier 2014.!

17. Le 18 février 2014, le Dr B\_\_\_\_\_ a transmis le rapport d'expertise de la clinique Corela à l'OAI en indiquant qu'il ne contestait pas le volet psychiatrique de l'expertise, mais les conclusions de la Dresse D\_\_\_\_\_, en particulier le diagnostic de fibromyalgie. En outre, le Dr B\_\_\_\_\_ a précisé à l'intention de l'OAI qu'en raison de son état douloureux chronique, lié à une cumulation de ses problèmes orthopédiques, l'assurée estimait à 50% la diminution de son rendement professionnel. En effet, elle avait dû réduire ses consultations de moitié, de manière à pouvoir récupérer entre deux séances. Elle ne pouvait pas compenser cette diminution des rentrées financières par une augmentation de son travail d'hygiéniste dentaire. Même si ce dernier était physiquement moins astreignant, il nécessitait tout de même des postures qu'elle ne pouvait pas tenir longtemps, particulièrement en raison de ses problèmes cervicaux.!

18. Le 29 juillet 2014, dans le cadre de l'instruction du dossier ouvert auprès de l'OAI, la doctoresse E\_\_\_\_\_, médecin SMR, a estimé que les conclusions du rapport d'expertise du 12 décembre 2013 de la clinique Corela ne pouvaient pas être suivies, notamment parce que les diagnostics retenus, en particulier le diagnostic de fibromyalgie, n'étaient pas étayés par des constatations cliniques: alors que les experts considéraient que l'assurée présentait des douleurs sans cause organique objectivable, ils retenaient, de façon contradictoire, plusieurs diagnostics ostéoarticulaires (discopathie C5-C6, arthrose cervicale, arthrose lombaire avec lyse isthmique L4-L5, coxarthrose droite, déformation des genoux en genua valga avec chondropathie rotulienne gauche et arthrose interphalangienne des deux pouces) qui suffisaient à eux seuls à expliquer les plaintes algiques de l'assurée. Les atteintes ostéo-articulaires objectivées tant par l'experte D\_\_\_\_\_ que le Dr B\_\_\_\_\_ étaient essentiellement d'origine dégénérative et leur pronostic évolutif au cours du temps n'était donc pas favorable. Dès lors, il n'y avait pas d'amélioration à attendre de ce point de vue. Ces atteintes entraînaient des limitations fonctionnelles (pas de position en porte-à-faux du tronc, pas de port de charges lourdes, de marche prolongée, de station statique debout prolongée, de travail sollicitant une activité bi-manuelle soutenue [arthrose des pouces]) qui n'étaient pas respectées dans l'activité de masseuse, où l'exigibilité était nulle. L'activité d'hygiéniste dentaire respectait en revanche les limitations fonctionnelles et restait, quant à elle, pleinement exigible. De même, dans toute autre activité adaptée, la capacité de travail de l'assurée était entière depuis toujours.!

19. Par courrier du 16 octobre 2014 à l'assureur, le Dr B\_\_\_\_\_ a réitéré son opposition au rapport d'expertise de la clinique Corela du 12 décembre 2013. Depuis lors, l'état de santé de l'assurée avait continué à se dégrader progressivement et les investigations menées par le professeur F\_\_\_\_\_, médecin responsable de l'unité d'orthopédie et traumatologie du sport des HUG, avaient montré la présence d'une coxarthrose bilatérale sévère, qui nécessitait actuellement la mise en place de deux prothèses de hanches, la première intervention étant prévue pour le mois de décembre. Au vu de l'évolution, on pouvait rétrospectivement conclure que le diagnostic posé dans l'expertise n'était pas correct. En conséquence, la non-reconnaissance de l'incapacité de travail de l'assurée et la cessation du versement des indemnités journalières n'étaient pas fondées. Aussi le Dr B\_\_\_\_\_ a-t-il invité l'assureur à reconsidérer sa position, tout au moins pour la période qui suivrait l'intervention précitée.!

20. Le 17 décembre 2014, le docteur G\_\_\_\_\_, médecin adjoint du service de chirurgie orthopédique des HUG, a diagnostiqué une coxarthrose droite sur coxa

vara et profunda et procédé à la mise en place d'une prothèse totale de la hanche (PTH) par voie antérieure.![endif]>![if> 21. Par certificat du 22 décembre 2014, le docteur H\_\_\_\_\_, médecin interne auprès du service de chirurgie orthopédique des HUG, a attesté d'une incapacité de travail complète du 17 décembre 2014 au 18 janvier 2015. Une reprise du travail était envisageable le 19 janvier 2015 à un taux de 50%. La modification de ce pourcentage en fonction de l'évolution du cas demeurait réservée.![endif]>![if> 22. Par courrier du 6 janvier 2015, l'assureur a informé le Dr B\_\_\_\_\_ que même si dans les documents annexés à un précédent rapport, daté du 16 octobre 2013, ce médecin faisait déjà état d'une coxarthrose débutante bilatérale alors que la clinique Corela retenait, pour sa part, le diagnostic de fibromyalgie, cela ne modifiait en rien la validité des conclusions des experts, de sorte que l'assurée avait une pleine capacité de travail dès le jour de l'expertise, soit le 23 novembre 2014 (recte : le 22 novembre 2013). Si la situation s'était ensuite péjorée, il s'agissait d'une rechute qui n'était pas à la charge de l'assureur puisque l'assurée n'avait plus de couverture, son contrat ayant été résilié pour le 31 décembre 2013.![endif]>![if> 23. Par pli du 19 février 2015 au mandataire de l'assurée, le Dr B\_\_\_\_\_ a fait savoir que de son point de vue, l'incapacité de travail partielle n'avait jamais cessé : elle était de 50% depuis le début des prestations de l'assurance perte de gain. Au moment de la cessation du versement des indemnités journalières, soit le 31 décembre 2013, rien n'avait changé sur le plan médical. Or, il avait été démontré ultérieurement que les douleurs dont se plaignait l'assurée étaient en réalité dues à une coxarthrose bilatérale avancée, avec un handicap fonctionnel bien réel, et non à une fibromyalgie ; et comme il était très peu vraisemblable qu'une arthrose de cette importance, touchant les deux hanches, ait pu se développer en l'espace de quelques mois, on ne pouvait invoquer de rechute, mais bien plutôt une erreur de diagnostic de la clinique Corela, qui avait eu pour conséquence la suspension injustifiée des indemnités journalières de l'assurée.![endif]>![if> 24. Les 26 mars et 12 mai 2015, l'assurée a mis l'assureur en demeure de lui verser un montant de CHF 19'436.07, correspondant, selon ses calculs, au solde de 372 jours restant, soit 730 jours sous déduction du délai d'attente de trente jours et des indemnités journalières déjà versées jusqu'au 31 décembre 2013.![endif]>![if> 25. Par courrier du 19 mai 2015, l'assureur a informé l'assurée qu'il était en mesure de revoir sa position, soit de s'aligner avec l'avis du SMR « et ce malgré la détermination de l'expert », référence étant faite à un courrier du 14 mai 2015 de la Dresse D\_\_\_\_\_, lequel indiquait en substance que contrairement à l'expertise, le rapport SMR se prononçait dans le cadre de la LAI et se projetait sur le long terme. Aussi l'assureur a-t-il accordé le versement de prestations à l'assurée pour un délai supplémentaire de cinq mois « comme le prévoit la jurisprudence dans le cadre d'une capacité de travail dans une activité adaptée », précisant que le versement d'indemnités journalières à 50% serait effectué prochainement pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 mai 2014.![endif]>![if> 26. Le 26 mai 2015, l'assurée a reçu de l'assureur un montant de CHF 7'448.85.![endif]>![if> 27. Le 14 décembre 2015, l'assurée, agissant par l'entremise de son mandataire, a saisi la chambre de céans d'une demande en paiement contre l'assureur.![endif]>![if> Les conditions générales (ci-après : CGA) de la défenderesse prévoyaient certes que la protection d'assurance s'éteignait à la fin du contrat d'assurance. Toutefois, selon la jurisprudence, le droit aux prestations ne dépendait pas d'une affiliation, mais de la question de savoir si le sinistre était survenu pendant la période de couverture. Ce principe était valable en l'absence de clause conventionnelle limitant ou supprimant le droit aux prestations au-delà de la fin de la couverture. En l'espèce, ni les CGA ni le contrat d'assurance ne comportaient de telle

clause. Puisque l'incapacité de travail était survenue pendant la période de couverture d'assurance et qu'elle avait perduré au-delà de la fin du contrat d'assurance, il incombait à la défenderesse de la prendre en charge même après le 31 décembre 2013, ce à plus forte raison que la cause de l'incapacité – à savoir la coxarthrose bilatérale – s'était aggravée depuis lors, allant jusqu'à rendre nécessaire une intervention chirurgicale le 17 décembre 2014. Il est vrai qu'en application de l'obligation légale de réduire le dommage, un assuré pouvait être amené à changer d'activité professionnelle si cela pouvait raisonnablement être exigé de lui. Cependant, selon la jurisprudence, la mise en œuvre de cette obligation nécessitait un avertissement de la part de l'assureur, assorti d'un délai d'adaptation approprié. En l'espèce, un tel avertissement n'avait été donné qu'en date du 29 mai (recte : 19 mai) 2015, soit plusieurs mois après le 7 janvier 2015, date à laquelle le nombre maximal d'indemnités journalières avait été atteint. En conséquence, les indemnités étaient dues jusqu'à cette échéance. Puisque la police d'assurance prévoyait une couverture en cas de maladie de 100% de la masse salariale annuelle, fixée à CHF 36'000.-, le montant d'une indemnité pleine s'élevait à CHF 98.63 par jour. Dans le cas particulier, l'incapacité de travail avait été de 50% du 1<sup>er</sup> janvier 2014 au 16 décembre 2014, de 100% du 17 décembre 2014 au 18 janvier 2015, puis de 50% du 19 janvier 2015 à ce jour. Ainsi, le montant des indemnités journalières dues pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2014 au 7 janvier 2015 s'élevait à CHF 19'436.07 (soit 350 indemnités à 50% et 22 indemnités à 100%). Étant donné que la défenderesse avait accepté, par courrier du 19 mai 2015, d'allouer un montant de CHF 7'448.85 pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2014 jusqu'au 31 mai 2014, soit pour une période de 151 jours à 50%, le montant total des indemnités dues à la demanderesse s'élevait à CHF 11'987.22, ce qui correspondait à 22 indemnités pleines à CHF 98.66 par jour (pour son incapacité de travail à 100%) et à 199 indemnités partielles de CHF 49.33 par jours (pour son incapacité de travail à 50%). Au regard de ces éléments, la demanderesse a conclu à ce que la défenderesse fût condamnée à lui verser CHF 11'987.22, correspondant au total des indemnités journalières dues selon le contrat d'assurance, ce dès le 1<sup>er</sup> juin 2014 jusqu'à épuisement des prestations (221 jours), plus intérêts à 5% à partir du 21 mai 2015, ainsi que la somme de CHF 4'181.22 à titre de participation à ses honoraires d'avocat. 28. Par réponse du 1<sup>er</sup> février 2016, la défenderesse a fait valoir en substance que la demanderesse avait recouvré sa capacité de gain en 2014, plus précisément dans les mois qui avaient précédé le mois de septembre. En effet, il ressortait d'une note d'entretien téléphonique de l'OAI du 16 octobre 2014 que cette dernière était en arrêt de travail à 50% depuis un mois, ce pour des motifs qui justifiaient la pose prochaine d'une prothèse à la hanche droite le 17 décembre 2014 (cf. dossier AI, doc 40 p. 1). De plus, la coxarthrose sévère, à l'origine de cette intervention, n'avait pas été désignée par le Dr B \_\_\_\_\_, au cours de l'année 2013, comme étant la cause de l'incapacité de travail de la demanderesse. Dans ses rapports du 23 mai, 26 août et 16 octobre 2013, ce médecin mentionnait que c'était un état douloureux chronique sur genua valga, une chondropathie rotulienne bilatérale, des troubles statiques et dégénératifs lombaires, ainsi qu'une cervicarthrose, qui constituaient les causes de l'incapacité de travail de la demanderesse durant l'année 2013. Par ailleurs, ce médecin indiquait dans un rapport du 9 décembre 2014 à l'OAI que l'état de santé de la demanderesse s'était aggravé depuis quelques mois, référence étant faite à une « coxarthrose bilatérale sévère » (cf. dossier AI, doc 47), diagnostic émis pour la première fois. Pour le surplus, il convenait de reconnaître pleine valeur probante au rapport d'expertise de la clinique Corela du 12 décembre 2013. Aux termes de celui-ci, la demanderesse avait recouvré une capacité de

travail complète dès le 22 novembre 2013. Même si le rapport du SMR du 29 juillet 2014 se distinguait de l'avis des experts en reconnaissant une incapacité de travail complète dans l'activité de masseuse, il n'en demeurait pas moins que le SMR rejoignait l'avis des experts sur le caractère pleinement adapté de l'activité d'hygiéniste dentaire. Dans la mesure où les opinions respectives ne divergeaient que sur la question – secondaire – de savoir si une activité de masseuse était compatible avec l'état de santé général de la demanderesse, ce point souffrait de rester indécis. En outre, il ressortait clairement des CGA que la période de couverture d'assurance s'éteignait avec la fin du contrat, celui-ci prenant fin notamment par la résiliation de celui-ci. Enfin, il y avait lieu de relever que la demanderesse ne disait mot sur le devenir de la demande de prestations d'assurance-invalidité qu'elle avait déposée en mai 2013 auprès de l'OAI. 29. Par réplique du 15 mars 2016, la demanderesse a contesté exercer l'activité de masseuse à 80%. Elle travaillait « aujourd'hui » à 40% en qualité d'hygiéniste dentaire et son taux d'incapacité de travail était de 50%.!endif]>!if> Contrairement à ce qu'alléguait la défenderesse, le Dr B \_\_\_\_\_ avait déjà diagnostiqué une coxarthrose débutante bilatérale en 2013 comme cause de l'incapacité de travail de la demanderesse. Cela ressortait notamment des rapports de ce médecin des 23 mai, 26 août et 16 octobre 2013. La défenderesse ne pouvait pas non plus être suivie lorsqu'elle soutenait que la demanderesse avait recouvré sa capacité de gain au cours de la période qui avait précédé le mois de septembre 2014. Le rapport du Dr B \_\_\_\_\_ du 9 décembre 2014 à l'OAI indiquait certes que son état de santé s'était aggravé « depuis quelques mois », cela ne signifiait en aucun cas que sa maladie avait disparu auparavant, ni qu'elle avait recouvré sa capacité de travail. Au contraire, le Dr B \_\_\_\_\_ mentionnait dans le même rapport que la coxarthrose avait une influence sur la capacité de travail de la demanderesse depuis plus d'un an. En définitive, la capacité de travail n'avait pas été altérée à partir de septembre 2014. Elle avait pris naissance en janvier 2013 et s'était maintenue à un taux de 50% depuis lors, avant de devenir entière du 17 décembre 2014 au 18 janvier 2015. Comme le relevait le rapport SMR du 29 juillet 2014, l'expertise du 12 décembre 2013 ne pouvait être suivie pour diverses raisons. La Dresse E \_\_\_\_\_, médecin SMR, rejoignait certes l'avis des experts quant au fait que la demanderesse jouissait d'une pleine capacité de travail en adaptant son activité lucrative. La défenderesse n'avait toutefois jamais exigé une telle adaptation jusqu'à l'envoi de son courrier du 19 mai 2015. Enfin, la demanderesse a allégué n'avoir pas perçu de prestations de l'OAI « pour son incapacité de travail relative à la coxarthrose bilatérale ». 30. Par duplique du 7 avril 2016, la défenderesse a fait valoir que la demanderesse n'avait toujours pas produit le moindre document ni présenté la moindre offre de preuve attestant qu'elle travaillerait aujourd'hui à 40% en qualité d'hygiéniste dentaire. Elle a ajouté que la demanderesse se montrait tout aussi évasive au sujet de l'avancement de sa procédure AI. Aussi la défenderesse a-t-elle requis la production des déclarations d'impôts de la demanderesse pour 2013 et 2014, d'une part, et de son dossier AI actualisé, d'autre part.!endif]>!if> 31. Le 14 avril 2016, la chambre de céans a ordonné l'apport du dossier AI de la demanderesse, octroyé à l'OAI un délai au 2 mai 2016 à cet effet et réservé la suite de la procédure.!endif]>!if> Par courrier du même jour, la chambre de céans a également invité la demanderesse à produire, dans le même délai, copie de ses déclarations fiscales pour les années 2013 et 2014. 32. Le 2 mai 2016, la demanderesse a produit ses déclarations fiscales 2013 et 2014. Celles-ci indiquaient qu'elle exerçait une activité indépendante en tant que prestataire de « soins thérapeutiques » à un taux de 90% en 2013 comme en 2014. Son revenu brut s'élevait à CHF 51'423.- en 2013, soit CHF 28'368.- provenant de son activité indépendante et CHF 23'055.- d'autres revenus.

Ce dernier montant se répartissait en subsides d'assurance-maladie (CHF 3'456.-), allocations familiales (CHF 4'800.-) et en indemnités journalières versées par la défenderesse (CHF 14'799.-). En 2014, le montant de son revenu brut s'établissait à CHF 54'654.- dont CHF 47'885.- représentaient le revenu tiré de l'activité indépendante. Le solde, à hauteur de CHF 6'769.-, était composé d'allocations familiales (CHF 4'400.-), de subsides d'assurance-maladie (CHF 840.-) et des indemnités journalières allouées par la défenderesse (CHF 1'529.-). [endif]>[if> La demanderesse a indiqué que les déclarations fiscales produites appelaient quelques remarques complémentaires : comme son expert-comptable – et auteur desdites déclarations – l'avait expliqué à l'administration fiscale dans un courrier du 26 avril 2016, ces documents étaient erronés en tant qu'ils mentionnaient un taux d'activité indépendante de 90%. En réalité, le taux d'activité qui aurait dû y figurer était de 100%. La demanderesse a précisé pour sa part que dès lors qu'elle n'avait pas d'activité dépendante mais exerçait ses activités d'hygiéniste dentaire et de soins thérapeutiques en tant qu'indépendante, son activité était entièrement indépendante, conformément à la pratique fiscale. Partant, son taux d'activité indépendante était total (100%). Cependant, en raison de son incapacité de travail, elle ne pouvait concrètement exercer son activité indépendante qu'à 50%. Ainsi, les déclarations fiscales 2013 et 2014 n'étaient pas pertinentes, quoi qu'en dise la défenderesse, pour démontrer que la demanderesse exerçait en réalité une activité indépendante d'hygiéniste dentaire à 40%, une activité indépendante de soins thérapeutiques à 10% et qu'elle était « invalide à 50% » pour le surplus. En vue de corroborer cette clé de répartition, la demanderesse a encore versé à la procédure une attestation de la doctoresse I\_\_\_\_\_, médecin-dentiste, datée du 29 avril 2016. Il en ressort que la demanderesse exerçait en qualité d'hygiéniste dentaire indépendante dans le cabinet de cette dentiste et qu'elle avait commencé son activité le 1er avril 2013 à 40%, car son état de santé ne lui permettait pas d'envisager un taux d'activité supérieur. 33. Par communication du 9 mai 2016, la chambre de céans a informé les parties de la réception, par le greffe, du dossier AI dont la production avait été ordonnée le 14 avril 2016.[endif]>[if> 34. Le 3 juin 2016, la demanderesse s'est référée au dossier AI et a fait valoir que l'ensemble des rapports médicaux communiqués à l'OAI faisait état du diagnostic de coxarthrose bilatérale, confirmant ainsi les allégués de fait de la demande du 14 décembre 2015 et de la réplique du 15 mars 2016.[endif]>[if> 35. Dans ses observations du même jour, la défenderesse a soutenu que les explications données par la demanderesse, le 2 mai 2016, relatives aux erreurs qu'aurait commises son expert-comptable n'étaient ni claires ni convaincantes. De plus, son statut d'indépendante – en tant qu'hygiéniste dentaire – éveillait des doutes. En effet, dans une note téléphonique de l'OAI, datée du 20 août 2014 (cf. dossier AI, doc 36), la gestionnaire en charge du dossier faisait référence à un entretien téléphonique qu'elle avait eu le jour même avec la demanderesse. Cette dernière lui avait indiqué qu'elle travaillait chez la Dresse I\_\_\_\_\_ à un taux approximatif de 20% et qu'elle ne disposait pas de contrat de travail. Ainsi, le revenu qu'elle percevait en tant qu'hygiéniste dentaire était inclus et mentionné dans les comptes de son activité indépendante. Selon la défenderesse, il ressortait des informations du site de l'association Swiss Dental Hygienists que « la plupart du temps, l'hygiéniste dentaire [...] exerce comme membre d'une équipe de soins dentaires ou médicaux, ou alors pratique en tant qu'indépendante dans son propre cabinet [...] » (pièce 57 défenderesse). En l'espèce, la demanderesse n'exerçait pas ce travail à son domicile, mais dans les locaux de la Dresse I\_\_\_\_\_. Par ailleurs, elle avait exercé précédemment une activité d'hygiéniste dentaire en tant que salariée pour le compte de la doctoresse J\_\_\_\_\_, médecin-dentiste, du

26 juin 2008 au 30 novembre 2011 (pièces 59 et 60 défenderesse). En outre, il était douteux que la demanderesse exerçât réellement en qualité d'hygiéniste dentaire puisqu'elle avait obtenu un brevet de formation complémentaire d'assistante en prophylaxie, délivré le 24 avril 2013 par la société suisse des médecins-dentistes (SSO). Enfin, la demanderesse se contredisait : alors qu'elle affirmait avoir commencé son activité d'hygiéniste indépendante auprès de la Dresse I\_\_\_\_\_ le 1<sup>er</sup> janvier 2013 (cf. allégué n°1 de la demande), l'attestation de cette même dentiste, datée du 29 avril 2016, mentionnait un début d'activité au 1<sup>er</sup> avril 2013 (pièce 32 demanderesse).!endif]>!if> 36. Le 10 juin 2016, une copie de ce courrier a été transmise à la demanderesse et la cause gardée à juger.!endif]>!if> EN DROIT 1. a. Conformément à l'art. 7 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC; RS 292) et à l'art. 134 al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS 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 LAMal, relevant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (loi sur le contrat d'assurance, LCA; RS 221.229.1).!endif]>!if> Le contrat d'assurance d'indemnités journalières pour entreprises n° CB 205705-001 / CA 115.28 – 0455, couvrant les risques maladie et accident étant soumis à la LCA, la compétence ratione materiae de la chambre de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. b. S'agissant de la compétence ratione loci, l'art. 46a LCA prescrit que le for se définit selon la loi du 24 mars 2000 sur les fors qui a été abrogée au 1<sup>er</sup> janvier 2011 par l'entrée en vigueur du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC – RS 272), auquel il convient désormais de se référer. Sauf disposition contraire de la loi, pour les actions dirigées contre les personnes morales, le for est celui de leur siège (art. 10 al. 1 let. b CPC), étant précisé que l'art. 17 al. 1 CPC consacre la possibilité d'une élection de for écrite. En l'espèce, l'art. 23 des conditions générales d'assurance (ci-après: CGA) prévoit qu'en cas de contestation, le preneur d'assurance ou la personne assurée peut ouvrir une action contre la défenderesse au lieu du siège de l'entreprise, à celui de son domicile en Suisse ou à Lucerne. L'entreprise et le domicile de la demanderesse étant situés dans le canton de Genève, la compétence de la chambre de céans pour juger du cas d'espèce est également donnée à raison du lieu. c. 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 (art. 134 al. 1 let. c LOJ). d. Pour le surplus, la demande en paiement du 14 décembre 2015 respecte les conditions légales et de forme (art. 130 et 244 CPC). Elle est donc recevable.

## **E. 2**

Le litige porte sur le droit de la demanderesse à des indemnités journalières au-delà du 31 mai 2014.

## **E. 3**

Par un premier moyen, la défenderesse fait valoir qu'en tout état de cause, indépendamment de considérations de nature médicale et du versement a posteriori – le 26 mai 2015 – de la somme de CHF 7'448.85 à titre d'indemnités journalières à 50% pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 mai 2014, la demanderesse n'a plus droit à aucune prestation au-delà du 31 décembre 2013, date correspondant à la fin du contrat d'assurance. Elle ajoute que les CGA

prévoient clairement que la période de couverture d'assurance s'éteint avec la fin du contrat, soit notamment avec la résiliation. En distinguant littéralement, le terme du contrat du terme de la couverture d'assurance, mais en prévoyant que le second coïncide avec le premier, l'art. 8 CGA contiendrait une clause limitant ou supprimant le droit aux prestations après la fin de la période de couverture. La demanderesse soutient pour sa part qu'elle n'aurait certes plus été couverte pour un nouveau cas de maladie après le 31 décembre 2013 mais qu'elle continuait à l'être pour la maladie qui s'était déclarée à l'époque où elle était précisément « couverte » par le contrat d'assurance. En effet, sa coxarthrose bilatérale avait débuté avant le 31 décembre 2013 et les prestations y relatives étaient donc dues jusqu'au terme de la période d'indemnités de 730 jours convenue par les parties.

#### **E. 4**

a. Il convient tout d'abord d'examiner si des prestations d'assurance peuvent être servies après la résiliation du contrat d'assurance pour le 31 décembre 2013. b. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA, le droit aux prestations ne dépend pas d'une affiliation, contrairement à ce qui est le cas en matière d'assurance collective d'indemnités journalières selon les art. 67 ss LAMal. Dès lors, si le sinistre survient pendant la période de couverture, l'assureur doit verser les prestations convenues jusqu'à épuisement, aussi longtemps qu'elles sont justifiées selon les clauses conventionnelles; la seule limite que connaisse la couverture réside non dans la fin des relations contractuelles, mais dans la durée des prestations convenues (Jean-Benoît MEUWLY, *La durée de la couverture d'assurance privée*, thèse 1994, p. 185). Partant, en l'absence de clause conventionnelle limitant ou supprimant le droit aux prestations au-delà de la période de couverture, l'assuré qui, après un événement ouvrant le droit aux prestations, sort d'une assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat, peut faire valoir son droit aux prestations également pour les suites de l'événement qui se produisent après l'extinction du rapport d'assurance (ATF 127 III 106 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances 5C.74/2002 du 7 mai 2002 consid. 2a ; Ueli KIESER, PJA 2001 p. 707-710; Alfred MAURER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3<sup>ème</sup> éd. 1995, p. 240). On précisera enfin que la couverture d'assurance devra nécessairement naître (mais pas absolument être octroyée) sous l'empire de la durée du contrat. Cependant, une fois la couverture d'assurance accordée dans ce cadre temporel, elle se poursuit en principe au-delà de l'échéance du contrat si elle n'a pas été épuisée à ce moment-là (Jean-Benoît MEUWLY, *op. cit.* p. 61, 63 et 151). c. La LCA ne contient pas de règles d'interprétation des contrats. Comme elle renvoie au code des obligations pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même (art. 100 al. 1 LCA), la jurisprudence en matière de contrat est applicable. Il s'ensuit que, lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu d'un contrat d'assurance et des conditions générales et/ou particulières qui en font partie intégrante, le juge doit, comme pour tout autre contrat, tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 du Code des obligations du 30 mars 1911, CO ; RS 220). Lorsqu'un assureur, au moment de conclure, présente des conditions générales, il manifeste la volonté de s'engager selon les termes de ces conditions ; lorsqu'une volonté réelle concordante n'a pas été constatée, il faut se demander comment le destinataire de cette manifestation de volonté pouvait la comprendre de bonne foi (application du principe de la confiance ; ATF 135 III 410 consid. 3.2 ; ATF 133 III 675 consid. 3.3). À cet égard, les conditions générales, lorsqu'elles ont été incorporées au contrat, en font partie intégrante ;

elles doivent être interprétées selon les mêmes principes que les autres dispositions contractuelles (ATF 133 III 675 consid. 3.3; ATF 122 III 118 consid. 2a). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 127 III 279 consid. 2c/ee p. 287 et les références doctrinales). Finalement, et de façon subsidiaire, lorsqu'il subsiste un doute sur leur sens, les dispositions exclusivement rédigées par l'assureur, ainsi les conditions générales préformulées, sont à interpréter en défaveur de leur auteur, conformément à la règle des clauses ambiguës ("in dubio contra stipulatorem"; "Unklarheitsregel") ce qui présuppose pour le moins que les clauses litigieuses ne soient pas claires (ATF 122 III 118 consid. 2a et arrêts cités); l'art. 33 in fine LCA, qui prévoit que les clauses d'exclusion ne sont opposables à l'assuré que si elles sont rédigées de façon précise et non équivoque, en est une concrétisation (ATF 115 II 264 consid. 5a). Savoir si une telle condition est remplie dans le cas concret se détermine d'après le sens généralement donné dans le langage courant aux termes utilisés. Il ne s'agit pas de s'en tenir d'emblée à la solution la plus favorable à l'assuré. 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 122 III 118 consid. 2d; 118 II 342 consid. 1a; 100 II 144 consid. 4c; 99 II 290 consid. 5). La règle "in dubio contra assicuratorem" n'a pas pour effet de rendre inapplicable la clause litigieuse, ce qui est le cas de la clause qualifiée d'insolite, mais elle exige d'interpréter la disposition en défaveur de l'assureur (ATF 116 II 345 consid. 2b; 115 II 264 consid. 5a). La validité des conditions générales d'affaires préformées doit être limitée par la règle dite de l'inhabituel, ou de l'insolite (Ungewöhnlichkeitsregel), en vertu de laquelle sont soustraites de l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales toutes les clauses inhabituelles, sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée (ATF 119 II 443 consid. 1a et les références citées). Pour qu'une clause soit considérée comme insolite, il ne suffit pas que le contractant soit inexpérimenté dans la branche économique en question; il faut en plus de ce critère subjectif que, par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat (ATF 119 II 443 consid. 1a; 109 II 452 consid. 5b et les réf. citées; arrêt du Tribunal fédéral des assurances 5C.74/2002 du 7 mai 2002 consid. 2c).

## **E. 5**

a. Afin de savoir si, dans le cas particulier, les parties contractantes ont limité conventionnellement le droit aux prestations au-delà de la période de couverture du contrat d'assurance, il y a lieu de se référer au contrat d'assurance (police n° CB 205705-001 / CA 115.28 – 0455), aux CGA (édition 01.2004), et à d'éventuelles conventions particulières passées séparément et d'examiner ces sources à la lumière des principes énoncés ci-dessus.

b. Le contrat d'assurance indemnités journalières pour entreprises indique que la demanderesse est le preneur d'assurance. Elle y est mentionnée en tant que « médecin » et le cercle des personnes assurées se résume à elle-même, pour une masse salariale annuelle fixe de CHF 36'000.-, indemnisée à 100%. Le genre de couverture est de type « couverture de coordination LPP » et couvre le risque maladie et accidents. La durée d'allocation des prestations est de 730 jours par cas de prestations avec imputation du délai d'attente de 30 jours.

c. Aux termes de l'art. 1<sup>er</sup> CGA, l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie pour entreprises – couverture de coordination LPP – accorde la protection

d'assurance pour les conséquences économiques de la maladie et, pour autant que cela ait été convenu par contrat, de l'accident et de la maternité. Selon l'art. 5 CGA, sont assurées les personnes et cercles de personnes désignés dans le contrat, qui travaillent dans l'entreprise assurée comme travailleurs et n'ont pas encore atteint l'âge de la retraite AVS (al. 1). Les employeurs, les indépendants et les membres de leur famille qui travaillent dans l'entreprise mais ne figurent pas dans la comptabilité de l'entreprise ne sont assurés que si leur nom est mentionné dans le contrat (al. 2). Inséré dans la deuxième partie des CGA (début, durée et fin de l'assurance), l'art. 8 CGA dispose, sous la note marginale « fin de l'assurance », que la protection d'assurance s'éteint pour les personnes assurées avec la fin du contrat (al. 1). Le contrat prend fin avec la résiliation, la cessation de l'activité commerciale ou le transfert du siège de l'entreprise ou du siège social à l'étranger (al. 2). Pour la personne assurée individuelle, la protection d'assurance s'éteint quand : - elle sort du cercle des personnes assurées ; - elle interrompt son travail sans avoir droit à son salaire durant cette période. La protection d'assurance subsiste néanmoins en cas d'interruption de travail pour cause de maladie, d'accident et de service dans l'armée suisse ou dans la protection civile suisse ; - elle atteint l'âge de la retraite AVS, sauf disposition contractuelle contraire ; - la durée totale d'allocation des prestations mentionnée sur le contrat est écoulée (fin de droit) ; - le contrat prend fin (al. 3). Sous la note marginale « prestations de l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie », l'art. 15 al. 1, 3<sup>ème</sup> phrase CGA indique que la variante assurée (assurance contre les dommages/assurance de sommes), le montant, la durée et le délai d'attente sont mentionnés dans le contrat. Enfin, l'art. 15 al. 5 CGA précise que l'obligation de verser des prestations prend fin lorsque les prestations de la prévoyance professionnelle (LPP) prennent la relève.

## **E. 6**

D'un point de vue systématique, les CGA comportent une section sur le début, la durée et la fin de l'assurance (2<sup>ème</sup> partie, art. 7 à 9) et une autre sur les prestations (4<sup>ème</sup> partie, art. 14 à 21). L'art. 8 al. 1 CGA indique certes que la couverture d'assurance s'éteint, « pour les personnes assurées », avec la fin du contrat. Toutefois, si cette règle l'emportait sur toutes les autres causes d'extinction, on ne voit pas pourquoi l'art. 8 al. 3 CGA mentionnerait, outre la fin du contrat, d'autres cas dans lesquels la couverture d'assurance s'éteint « pour la personne assurée individuelle », parmi lesquels l'écoulement de la durée totale d'allocation des prestations. À l'examen de l'art. 8 al. 3 CGA, il n'apparaît pas qu'il existerait une hiérarchie entre les cinq causes d'extinction de la couverture d'assurance. De plus, compte tenu de l'emplacement de la clause mentionnée à l'art. 8 al. 1<sup>er</sup> et à l'al. 3, cinquième tiret, CGA, dans la partie consacrée au début, à la durée et à la fin de l'assurance et non dans la partie traitant des prestations, cette clause pourrait en effet de bonne foi être comprise comme voulant rappeler que, pour les sinistres qui surviennent lorsque l'assuré ne fait plus partie du cercle des personnes assurées, l'assureur n'est plus redevable d'aucune prestation. Ainsi, une interprétation objective, selon les règles de la bonne foi, ne permet pas de comprendre de manière non équivoque que pour les cas d'assurance en cours d'indemnisation à la fin du contrat – qui demeurent en deçà de la durée d'indemnisation maximale à ce moment précis – l'assureur entendait faire coïncider la fin de la couverture et la fin du contrat d'assurance. Il importe de considérer en effet qu'en limitant contractuellement à 730 jours la durée maximale d'indemnisation, la défenderesse a limité son obligation de prêter d'une manière générale, sans faire référence au problème spécifique de la fin du contrat. Si elle avait voulu déroger au régime général de l'assurance

d'indemnités journalières selon la LCA, selon lequel la fin du contrat d'assurance n'entraîne pas de plein droit la cessation des prestations en cours (ATF 127 III 106 consid. 3), la défenderesse aurait dû le mentionner de manière plus claire, en faisant expressément référence aux événements en cours d'indemnisation, et faire figurer cette limitation à l'art. 15 CGA, qui régit notamment la durée des prestations. En tout état de cause, en présence de deux interprétations possibles de la limitation prévue à l'art. 8 al. 1 et 3 CGA, il convient de choisir la plus défavorable à la défenderesse, en application du principe « in dubio contra stipulatorem ». Dans ces conditions, la question de savoir si la limitation voulue par la défenderesse est une clause insolite – en tant qu'elle déroge, au détriment de la demanderesse, au régime général qui veut que l'extinction du rapport d'assurance ne met pas fin aux prestations en cours – peut rester ouverte. En conclusion, la chambre de céans constate que le contrat d'assurance en cause ne contient pas de clause limitative claire, supprimant le droit aux prestations pour les sinistres survenus durant la période de couverture, une fois le contrat d'assurance résilié. Le droit aux prestations peut dès lors parfaitement subsister au-delà du 31 décembre 2013. La défenderesse l'a d'ailleurs reconnu par actes concluants en allouant, en mai 2015, ses prestations pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 mai 2014.

#### **E. 7**

a. Par un second moyen, la défenderesse fait valoir que la demanderesse avait recouvré une capacité de travail de travail complète dans son activité professionnelle habituelle dès le 22 novembre 2013, conformément au rapport d'expertise du 12 décembre 2013 de la clinique Corela. Aussi convient-il de déterminer s'il y a lieu d'en suivre les conclusions ou de se fonder sur d'autres rapports médicaux versés au dossier. b. Aux termes de 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 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 de manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2). Même si l'art. 61 LCA figure parmi les dispositions spéciales relatives à l'assurance contre les dommages, il 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 (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1, arrêt du Tribunal fédéral 4A\_304/2012 du 14 novembre 2012 consid. 2.2). Bien que l'art. 61 LCA soit de droit dispositif et qu'il permette aux parties d'atténuer ou d'étendre l'obligation de réduire le dommage, l'exigence d'une faute, telle qu'elle est prévue à l'alinéa 2 (« de manière inexcusable ») ne souffre aucune modification en défaveur de l'ayant droit (art. 45 al. 1 cum art. 98 LCA). La faute visée à l'art. 61 al. 2 LCA prend certes pour base le comportement qu'afficherait un homme raisonnable placé dans la même situation, il n'en reste pas moins que cette disposition consacre une notion subjective de la faute. Il convient en effet de tenir compte de la situation particulière de l'ayant droit (âge, sexe, état de santé, formation, profession, etc.) et de la manière dont il réagit à l'événement dommageable (Andreas HÖNGER, Marcel SÜSSKIND in Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n. 27-29 ad art. 61 LCA). L'obligation de réduire 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 cela peut raisonnablement être exigé de lui (ATF 133 V 527 consid. 3.2.1 p. 531 et les arrêts cités). Mais 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_304/2012 du 14 novembre 2012 consid. 2.3). 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. À 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). L'assureur est également tenu de prouver que le dommage aurait pu être diminué par des mesures plus appropriées (Andreas HÖNGER, Marcel SÜSSKIND, op. cit., n. 30 ad art. 61 LCA).

## **E. 8**

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).

## **E. 9**

a. Selon l'art. 8 CC, le demandeur doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que sa partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du droit. Ces principes, qui sont également applicables dans le domaine du contrat d'assurance, impliquent qu'il incombe à l'ayant droit d'alléguer et de prouver notamment la survenance du sinistre (ATF 130 III 321 consid. 3.1). Cette preuve étant par nature difficile à apporter, l'exigence de preuve est réduite et il suffit que l'ayant droit établisse une vraisemblance prépondérante (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3). L'art. 8 CC donne à l'assureur le droit à la contre-preuve et il peut donc apporter des éléments propres à créer un doute et à ébranler la vraisemblance que l'ayant droit s'efforce d'établir. Le juge doit procéder à une appréciation d'ensemble des éléments qui lui sont apportés et dire s'il retient qu'une vraisemblance prépondérante a été établie (ATF 130 III 321 consid. 3.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_525/2010 du 4 janvier 2011 consid. 2.2). b. En revanche, l'art. 8 CC ne régit pas l'appréciation des preuves, de sorte qu'il ne prescrit pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées (ATF 127 III 519 consid. 2a), ni ne dicte au juge comment forger sa conviction (ATF 128 III 22 consid. 2d ; 127 III 248 consid. 3a, 519 consid. 2a); cette disposition n'exclut pas non plus que le juge puisse, sur la base d'une appréciation anticipée des preuves déjà disponibles, refuser l'administration d'une preuve supplémentaire au motif

qu'il la tient pour impropre à modifier sa conviction (ATF 131 III 222 consid. 4.3 p. 226; 129 III 18 consid. 2.6 p. 24 ss). c/aa. Jusqu'à l'arrêt 4A\_178/2015 du 11 septembre 2015, partiellement publié aux ATF 141 III 433 = SJ 2016 I 162, le Tribunal fédéral était d'avis que rien ne justifiait de ne pas se référer au principe de libre appréciation des preuves – applicable lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des prestations en matière d'assurance sociale – lorsque, comme en l'espèce, une prétention découlant d'une assurance complémentaire à l'assurance sociale est en jeu. Selon ce principe, le juge apprécie librement les preuves médicales qu'il a recueillies, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Le juge doit examiner objectivement tous les documents à disposition, quelle que soit leur provenance, puis décider s'ils permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. 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; 122 V 157 consid. 1c et les références; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_5/2011 du 24 mars 2011 consid. 4.2). c/bb. Dans l'arrêt 4A\_178/2015 précité, le Tribunal fédéral est revenu partiellement sur ces principes en refusant d'admettre l'expertise privée en tant que moyen de preuve au sens de l'art. 168 al. 1 CPC de manière générale et pas seulement comme expertise au sens de l'art. 168 al. 1 let. d CPC (cf. consid. 2.5.3) En procédure civile, une expertise privée ne constitue par conséquent pas un moyen de preuve et la jurisprudence valant en droit des assurances sociales (ATF 125 V 351) n'est pas applicable au CPC. Il convient cependant de ne pas perdre de vue que seules les allégations de fait qui sont expressément contestées doivent être prouvées. Les contestations doivent être suffisamment précises pour déterminer, parmi les allégations du demandeur, celles qui sont contestées (ATF 117 II 113 consid. 2) ; la contestation doit, conformément à son but, être précise, afin que la partie adverse sache quelles sont les allégations de fait qu'elle doit prouver (ATF 115 II 1 consid. 4). Le degré de motivation d'une allégation influe sur le degré nécessaire de motivation de la contestation ; plus les différents faits allégués par une partie dans son état de fait global sont détaillés, plus la partie adverse doit expliquer concrètement quels faits elle conteste. En d'autres termes, plus l'exposé d'une partie est détaillé, plus les exigences de motivation de la contestation sont élevées. Ces exigences sont certes moins grandes que celles posées en matière d'allégation (cf. ATF 117 II 113 consid. 2 ; Hans-Peter WALTER, in Berner Kommentar, 2012, n. 2014 ad art. 8 CC ; Jürgen BRÖNIMANN, in Berner Kommentar, 2012, n. 15 ad art. 150 CPC) mais une prise de position claire sur l'exactitude d'une allégation particulière et concrète de la partie adverse est exigée (Hans-Peter WALTER, op. cit., n. 191 ad art. 8 CC). Les allégations des parties sont le plus souvent particulièrement motivées lorsqu'elles se basent sur une expertise privée. Par voie de conséquence, une contestation en bloc ne suffit pas ; la partie adverse est au contraire tenue de motiver de manière concrète sa contestation sur chaque fait particulier. Si les allégués de la partie adverse sont contestés de manière motivée, les expertises privées, qui sont de pures allégations de parties, ne permettent pas à elle seules de

les prouver (cf. ATF 132 III 83 consid. 3.5). En tant qu'allégations des parties, elles sont éventuellement susceptibles d'apporter la preuve en combinaison avec des indices – prouvés par des moyens de preuve. Si elles ne s'appuient pas sur des indices, elles doivent être considérées comme des allégations contestées et non prouvées (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_178/2015 du 11 septembre 2015 consid. 2.6). Une expertise privée peut cependant jouer un rôle important lorsqu'il s'agit d'apprécier la valeur probante d'une expertise judiciaire (Heinrich Andreas MÜLLER, in BRUNNER/ GASSER/ SCHWANDER [éd.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2ème éd. 2016, n. 11 ad art. 177 CPC). d. L'arrêt 4A\_178/2015 reste cependant muet sur les conséquences de la « rupture » avec la jurisprudence valant en droit des assurances sociales (ATF 125 V 351 ) sur les autres types de rapports médicaux. d/aa. Les titres (art. 168 let. b CPC) sont des documents, tels les écrits, les dessins, [...] les fichiers électroniques et les données analogues propres à prouver des faits pertinents (art. 177 CPC). Même si un certificat médical constitue un titre selon certains auteurs (Heinrich Andreas MÜLLER, op. cit., n. 9 ad art. 177 CPC ; contra: Oliver KÄLIN, Das Arzzeugnis als Beweismittel bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in PCEF 2006 p. 335, 337, pour qui il s'agit de simples allégations d'une partie), le Tribunal fédéral est d'avis que sous l'angle de sa portée probatoire, un tel document ne diffère pas d'une expertise privée (ATF 140 III 24 consid. 3.3.3). En effet, il paraîtrait incohérent de considérer que lorsqu'une partie prend l'initiative de produire à la fois un certificat médical et un rapport d'expertise privée, on admette qu'il s'agit d'un moyen de preuve pour le premier et d'une allégation pour le second, ce à plus forte raison qu'un certificat se distingue principalement d'une expertise privée (le plus souvent du moins) par son absence de motivation (Oliver KÄLIN, op. cit. p. 337). En conséquence, sous l'empire de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt 4A\_178/2015 , la partie qui produit un certificat de son médecin traitant à l'appui d'une incapacité de travail alléguée ne produit pas de moyen de preuve, elle ne fait que remplir son « devoir de substantification » (Substanziierungspflicht), c'est-à-dire préciser son allégation de manière suffisante pour permettre ensuite sa preuve et/ou sa contre-preuve. Dans son sens étroit, la charge de substantification doit permettre la preuve et la contre-preuve, soit une détermination suffisamment claire de la partie adverse lui permettant de déterminer quelle part du fait est contestée et quelle autre part est le cas échéant admise, de façon à fixer l'étendue de l'instruction probatoire. Appartenant en réalité au droit de procédure, le devoir de substantification est sanctionné par l'irrecevabilité de la réquisition d'instruction de la partie qui n'a pas satisfait à cette incombance ; si cela entraîne la non-entrée en matière sur la demande au fond, il peut y avoir alors rejet de l'action (Denis PIOTET, in PICHONNAZ/ FOËX [éd.], Commentaire romand, Code civil I, ad art. 8 n. 62). Lorsqu'une partie a rempli ce devoir en produisant un certificat médical, une contestation toute générale de la part de la partie adverse ne suffit pas. En d'autres termes : si cette dernière ne conteste pas ledit certificat de façon détaillée et motivée, l'incapacité de travail alléguée est réputée non contestée (Oliver KÄLIN, op. cit. p. 338-339). D'avis différent, le Tribunal fédéral considère pour sa part que les allégations précises d'une expertise privée – contestées de manière globale – peuvent apporter la preuve de leur véracité si elles sont appuyées par des indices objectifs : dans le cadre d'un litige portant sur le versement d'indemnités journalières d'une assurance-maladie perte de gain soumise à la LCA, l'existence d'un tel indice objectif peut revêtir la forme d'une décision de refus de prestations par laquelle l'office de l'assurance-invalidité estime que la capacité de gain d'un assuré est entière (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_318/2016 du 3 août 2016 consid. 3.2). d/bb. Après avoir admis

qu'une expertise privée, corroborée par des indices objectifs, pouvait emporter la conviction du juge sans être formellement un moyen de preuve, le Tribunal fédéral s'est néanmoins référé à l'ancienne jurisprudence (ATF 125 V 351 consid. 3a) pour en apprécier la valeur probante par rapport aux attestations établies par le médecin traitant de l'assuré (arrêt 4A\_318/2016 précité, consid. 6.2). e. Un rapport au sens de l'art. 59 al. 2bis LAI (en corrélation avec l'art. 49 al. 1 RAI) a pour fonction d'opérer la synthèse des renseignements médicaux versés au dossier et de prodiguer des recommandations quant à la suite à donner au dossier sur le plan médical. En tant qu'il ne contient aucune observation clinique, il se distingue d'une expertise médicale (art. 44 LPG) ou d'un examen médical auquel il arrive au SMR de procéder (art. 49 al. 2 RAI; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_542/2011 du 26 janvier 2012 consid. 4.1). Ils ne posent pas de nouvelles conclusions médicales mais portent une appréciation sur celles déjà existantes. Au vu de ces différences, ils ne doivent pas remplir les mêmes exigences au niveau de leur contenu que les expertises médicales. On ne saurait en revanche leur dénier toute valeur probante. Ils ont notamment pour but de résumer et de porter une appréciation sur la situation médicale d'un assuré, ce qui implique aussi, en présence de pièces médicales contradictoires, de dire s'il y a lieu de se fonder sur l'une ou l'autre ou s'il y a lieu de procéder à une instruction complémentaire (arrêt du Tribunal fédéral I 143/07 du 14 septembre 2007 consid. 3.3 et les références).

## **E. 10**

a. En l'espèce, la défenderesse motive son refus d'allouer des prestations au-delà du 31 décembre 2013, respectivement du 31 mai 2014, en se fondant sur le rapport d'expertise de la clinique Corela du 12 décembre 2013. Elle soutient par ailleurs que la demanderesse aurait recouvré une capacité de gain avant septembre 2014 et que la coxarthrose sévère, à l'origine de la pose d'une prothèse à la hanche droite le 17 décembre 2014, n'aurait pas été désignée par le Dr B\_\_\_\_\_ comme étant la cause de l'incapacité de travail de la demanderesse. Pour sa part, la demanderesse allègue que son incapacité de travail s'est maintenue à 50% au-delà du 22 novembre 2013 – date de l'examen par l'experte D\_\_\_\_\_ – avant de passer à 100% du 17 décembre 2014 au 18 janvier 2015, de sorte qu'elle peut prétendre aux indemnités journalières restant dues pour la période du 1<sup>er</sup> juin 2014 au 7 janvier 2015 inclus, les 730 indemnités journalières étant épuisées à cette date. b. Dans le cas présent, l'affirmation qu'il existe une capacité de travail entière le 22 novembre 2013 se fonde sur le diagnostic de fibromyalgie, les experts de la clinique Corela estimant que la demanderesse présente des douleurs sans cause organique objectivable. Les experts sont toutefois les seuls à avoir posé ce diagnostic, ce qu'ils soulignent eux-mêmes (cf. rapport d'expertise, p. 67/139). Il n'existe ainsi pas d'indices objectifs venant appuyer leur avis. Par opposition, l'affirmation selon laquelle la capacité de travail se serait maintenue à 50% à cette date et au-delà se fonde sur les rapports et certificats du Dr B\_\_\_\_\_ (cf. notamment les pièces 6, 12, 13, 16 et 18 dem). De plus, la défenderesse a admis cette incapacité par actes concluants. En effet, le 19 mai 2015, elle s'est référée au rapport SMR du 29 juillet 2014, ajoutant qu'elle acceptait de revoir sa position en versant des indemnités journalières supplémentaires à 50% pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 mai 2014. Enfin, la défenderesse ne conteste pas non plus que la demanderesse présentait une incapacité de travail en octobre 2014 (cf. pièce 19 demanderesse et la référence au courrier du 16 octobre 2014 du Dr B\_\_\_\_\_). Force est donc de constater que les rapports du Dr B\_\_\_\_\_ sont confirmés par le rapport SMR du 29 juillet 2014, en tant que celui-ci retient une exigibilité nulle dans l'activité de masseuse thérapeutique. Ce rapport du médecin du SMR résume de manière claire l'avis des experts de la clinique Corela et met en lumière leurs

contradictions, à savoir qu'ils ne sauraient prétendre que la demanderesse présente des douleurs sans cause organique objectivable alors même qu'ils retiennent simultanément plusieurs diagnostics ostéo-articulaires. Dans la mesure où le médecin du SMR expose que ces diagnostics suffisent à eux seuls à expliquer les plaintes algiques et l'inexigibilité de l'activité de masseuse, elle porte une appréciation motivée et convaincante sur la situation médicale de la demanderesse. En conséquence, son rapport doit se voir reconnaître pleine valeur probante. Ainsi la chambre de céans considère qu'il est établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que les atteintes ostéo-articulaires objectivées tant par l'experte rhumatologue que par le Dr B \_\_\_\_\_ entraînent des limitations fonctionnelles qui ne sont pas respectées dans l'activité de masseuse thérapeutique – où l'exigibilité est nulle – alors que cette exigibilité est entière dans une activité adaptée depuis toujours. c. Il est constant que la demanderesse n'exerçait plus en tant qu'hygiéniste dentaire depuis fin novembre 2011 (pièce 60 défenderesse) et qu'elle s'est ensuite consacrée uniquement à son activité indépendante de masseuse (cf. notamment dossier AI, doc. 29 p. 11). Il n'est pas contesté non plus que la demanderesse a présenté une capacité de travail diminuée à 50% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2013 et qu'en conséquence, ce taux d'incapacité de 50% se définit, en principe, par rapport aux massages thérapeutiques. Il importe cependant de relever que ce taux d'incapacité de travail de 50% tient compte, sur le plan de la répartition de la capacité de travail résiduelle, de la reprise d'une activité d'hygiéniste dentaire à raison d'un jour par semaine (cf. pièce 6 demanderesse). Il est vrai que les informations sont quelque peu contradictoires sur les proportions consacrées à l'une et l'autre activité une fois l'incapacité de travail déclarée. Alors que la demanderesse affirme exercer, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, l'activité d'hygiéniste à raison de deux jours par semaine (40%) auprès de la Dresse I \_\_\_\_\_ et celle de masseuse à 10% (cf. demande en justice, allégué 1), l'attestation de ce médecin-dentiste confirme certes cette proportion de 40%, mais la situe au 1<sup>er</sup> avril 2013. À noter que la même clé de répartition (40%, respectivement 10%) est évoquée en 2015 (cf. dossier AI, doc. 70). Quoi qu'il en soit, on ne saurait contester qu'en reprenant une activité d'hygiéniste dentaire une fois en arrêt de travail, la demanderesse a contribué à ce que son taux d'incapacité n'excède pas, à de rares exceptions près, 50% en 2013 (cf. pièce 4 demanderesse) et 50% en 2014 (pièces 12, 13 et 18 demanderesse ; dossier AI, doc 47 p. 3). Ce faisant, elle a contribué à réduire le dommage. Dans ces circonstances, et en l'absence de mise en perspective de la part de la défenderesse – dépassant le stade de la négation du statut d'indépendante la demanderesse en tant qu'hygiéniste dentaire –, on ne voit pas en quoi il serait décisif qu'une fois en arrêt de travail, la demanderesse exerce son activité d'hygiéniste en tant qu'indépendante ou non, une réduction du dommage se produisant dans un cas comme dans l'autre. Pour le surplus, l'examen du contrat et des CGA révèle que les parties n'étaient pas liées par une assurance contre les dommages, mais par une assurance de sommes puisqu'un salaire annuel fixe (CHF 36'000.-) avait été convenu (cf. art. 15 al. 1 et 17 al. 2 CGA), laissant ainsi une relative latitude à la demanderesse – avant son atteinte à la santé – de décider de l'ampleur de l'activité exercée à titre indépendant, sous réserve d'une cessation de l'activité commerciale – synonyme de fin du contrat (art. 8 al. 2 CGA). On soulignera enfin qu'en matière d'assurances de sommes, le dommage effectif est sans incidence sur l'allocation de la prestation (Vincent BRULHART, Droit des assurances privées, p. 367 n. 823), permettant ainsi une éventuelle surindemnisation (cf. ATF 133 III 527 consid. 3.2.5). Force est de constater que dans le cas particulier, le contrat et les CGA ne restreignent d'aucune façon une possible surindemnisation (cf. art. 20 al. 6 CGA). Par conséquent, même si la demanderesse exerçait accessoirement l'activité d'hygiéniste

dentaire en tant que salariée – situation qui n’était au demeurant plus d’actualité après novembre 2011 –, cela aurait été sans incidence sur le droit aux prestations, ce dernier étant conditionné par l’existence d’une incapacité de travail dans l’activité assurée auprès de la défenderesse. Or, il n’est pas contesté que cette activité couvre en tout cas les massages thérapeutiques. d. La défenderesse relève qu’il ressort d’une note d’entretien téléphonique de l’OAI du 16 octobre 2014 que la demanderesse était en arrêt de travail à 50% depuis un mois, ce pour des motifs qui justifiaient la pose prochaine d’une prothèse à la hanche droite (cf. dossier AI, doc. 40 p. 1). En outre, la coxarthrose sévère, à l’origine de cette intervention, pratiquée le 17 décembre 2014, n’aurait pas été désignée par le Dr B \_\_\_\_\_, au cours de l’année 2013, comme étant la cause de l’incapacité de travail de la demanderesse. La chambre de céans constate qu’il ressort notamment du rapport du Dr B \_\_\_\_\_ du 23 mai 2013 que l’incapacité de travail de la demanderesse était motivée, déjà à cette époque, par une coxarthrose débutante bilatérale et que ce diagnostic a été confirmé, en tout cas pour le côté droit, non seulement par l’experte rhumatologue en 2013 mais aussi par le rapport SMR du 29 juillet 2014. La Dresse E \_\_\_\_\_ y précise que les atteintes ostéo-articulaires – dont la coxarthrose fait partie – sont essentiellement d’origine dégénérative et que leur pronostic évolutif au cours du temps n’est par conséquent pas favorable et qu’il n’y a pas d’amélioration à attendre de ce point de vue. La présence d’une coxarthrose droite en 2013 doit donc être considérée comme établie. Quant à la note d’entretien téléphonique de l’OAI du 16 octobre 2014 – qui n’est pas un document médical –, elle n’est pas de nature à remettre en question l’incapacité de travail de 50%, attestée par le Dr B \_\_\_\_\_ pour l’année 2013 et jusqu’au 16 décembre 2014 (pièces 12, 13, 16 et 18 demanderesse ; dossier AI, doc 47 p. 3), cette appréciation étant corroborée par le pronostic négatif et l’exigibilité nulle – dans l’activité de masseuse – retenus par le SMR. S’agissant enfin de l’incapacité de travail à 100% du 17 décembre 2014 au 18 janvier 2015, elle est certifiée par le docteur H \_\_\_\_\_, médecin interne auprès du département de chirurgie des HUG. Sans contester cette incapacité de travail complète, la défenderesse se borne à renvoyer aux pièces qui en attestent (cf. mémoire-réponse p. 2 ad allégué 26). e. Compte tenu de ce qui précède, la chambre de céans considère qu’il est établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que l’incapacité de travail de la demanderesse s’est maintenue à 50% du 22 novembre 2013 au 16 décembre 2014, avant de passer à 100% du 17 décembre 2014 au 18 janvier 2015, ce en raison de troubles ostéo-articulaires qui étaient déjà incapacitants avant la fin du contrat au 31 décembre 2013.

## **E. 11**

a. Par un ultime moyen, la défenderesse fait valoir que même si le rapport du SMR du 29 juillet 2014 se distingue de l’avis des experts en reconnaissant une incapacité de travail complète dans l’activité de masseuse, le SMR n’en rejoindrait pas moins l’avis des experts quant au caractère pleinement adapté de l’activité d’hygiéniste dentaire. b. Ce faisant, la défenderesse omet de préciser que lorsque l’assureur entend faire application de l’art. 61 al. 2 LCA, il doit inviter l’assuré à changer d’activité en lui impartissant un délai d’adaptation de trois à cinq mois à cet effet (cf. ci-dessus : consid. 7a). Dans le cas particulier, ce n’est qu’à l’occasion de la reconsidération de sa position en mai 2015 que la défenderesse s’est référée au délai d’adaptation évoqué pour justifier le versement d’un supplément d’indemnités journalières à 50% pour une période de cinq mois, soit du 1<sup>er</sup> janvier au 31 mai 2014. Il ressort du récapitulatif des indemnités journalières versées en 2013 que le délai maximal d’indemnisation de 730 jours a commencé à courir le 1<sup>er</sup> janvier 2013. À l’exception d’une période de sept jours, comprise entre le 18 et le 24 mars 2013 (pièce 4

demanderesse), l'incapacité de travail n'a pas connu d'interruption depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, de sorte que le droit aux indemnités est arrivé à échéance le 7 janvier 2015. Force est donc de constater que la durée maximale d'indemnisation de 730 jours était déjà écoulée depuis plus de quatre mois en mai 2015. Ainsi, l'invitation – à tout le moins implicite – adressée à la demanderesse, d'opter pour une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles est impropre à réduire le nombre d'indemnités journalières dues en fonction de son incapacité de travail. Ainsi, la défenderesse doit supporter le fait que cette incapacité se soit maintenue à 50% du 1<sup>er</sup> juin au 16 décembre 2014 et qu'elle ait été entière du 17 décembre 2014 jusqu'au 7 janvier 2015.

#### **E. 12**

Aux termes de l'art. 15 al. 4 CGA, la défenderesse alloue l'indemnité journalière assurée conformément au degré d'incapacité de travail. L'art. 17 al. 2 CGA précise que si un salaire annuel fixe a été convenu pour les personnes assurées dont le nom figure dans le contrat, le salaire journalier s'obtient en divisant le salaire par 365 jours (assurance de sommes). En l'espèce, le contrat d'assurance prévoit une masse salariale annuelle fixe de CHF 36'000.-, ce qui correspond à des indemnités pleines de CHF 98.63 par jour. Il n'est pas contesté que la défenderesse s'est acquittée des prestations dues jusqu'au 31 mai 2014. Dès lors que l'incapacité de travail de la demanderesse était de 50% du 1<sup>er</sup> juin au 16 décembre 2014 et de 100% du 17 décembre 2014 jusqu'au 7 janvier 2015, la défenderesse demeure redevable de 199 indemnités à 50% (= CHF 9'813.70) et de 22 indemnités pleines (= CHF 2'169.85), soit d'une somme de CHF 11'983.55. La défenderesse devra ainsi verser un montant de CHF 11'983.55 à la demanderesse.

#### **E. 13**

La demanderesse conclut en outre au versement d'intérêts à 5% sur les indemnités journalières, à partir du 21 mai 2015. Les CGA ne stipulent pas de terme de paiement pour les indemnités journalières. On doit dès lors admettre que la créance est exigible quatre semaines après réception des renseignements nécessaires conformément à l'art. 41 LCA (cf. dans un cas similaire arrêt du Tribunal fédéral 5C.177/2005 du 25 février 2006 consid. 6.2). 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 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. À défaut d'une telle interpellation, l'intérêt moratoire n'est dû, en cas d'ouverture d'une action en justice, que dès le lendemain du jour où la demande en justice a été notifiée au débiteur (arrêt du Tribunal fédéral 5C.177/2005 du 25 février 2006 consid. 6.1). Dans le cas particulier, la demanderesse a mis en demeure la défenderesse, par courrier du 12 mai 2015, de lui verser un montant de CHF 19'346.07 au 20 mai 2015. Sur quoi, cette dernière s'est partiellement exécutée en versant une partie de la somme réclamée le 26 mai 2015 (CHF 7'448.85). Les intérêts de 5% sur le solde dû par la défenderesse (CHF 11'983.55), courent ainsi dès le 21 mai 2015.

#### **E. 14**

La demanderesse réclame enfin une participation à ses honoraires d'avocat pour l'activité déployée par son conseil du 2 juillet 2015 au 14 décembre 2015 et du 9 décembre 2015 au 14 mars 2016. 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). 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). Les dépens couvrent même les opérations antérieures au procès, dans la mesure où elles étaient destinées à préparer celui-ci. Dans ce cas, ils ne peuvent être réclamés que dans le cadre des frais de procédure (Denis TAPPY in Bohnet et al. [éd.], Code de procédure civile commenté, n. 37 ad art. 95 CPC). Le sort des conclusions amplifiées du demandeur ayant trait aux démarches préalables au dépôt de la demande doit donc être déterminé dans le cadre de l'allocation de dépens. La demanderesse, représentée par un conseil, obtenant gain de cause, la défenderesse est condamnée à lui verser une indemnité de CHF 3'000.- à titre de dépens, TVA et débours inclus (art. 106 al. 1 CPC; art. 16 à 21 de la loi d'application du code civil et du code des obligations du 7 mai 1981 [LaCC ; RSG E 1 05]; art. 84 et 85 du règlement fixant le tarif des frais en matière civile [RTFMC ; RSG E 1 05.10]). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 114 let. e CPC ; art. 22 al. 3 let. b LaCC). \*\*\* PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

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