

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1299/2005

ATAS/1392/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 8

du 5 décembre 2007

En la cause

Madame D _____, comparant avec élection de domicile en
l'étude de Maître BERGMANN Michel

recourante

contre

MOBILIERE SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES SA, sise
Bundesgasse 35, BERNE, comparant avec élection de domicile en
l'étude de Maître GRUMBACH Philippe

intimée

**Siégeant : Thierry STICHER, Président; Nicole BOURQUIN et Bertrand REICH, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Le 11 décembre 1989, Madame D_____ (ci-après : la recourante) et la MOBILIERE SUISSE, SOCIETE D'ASSURANCES SA (ci-après : l'intimée) ont conclu un contrat d'assurance.
2. La recourante exerçait alors la profession de nettoyeuse.
3. Les prestations assurées consistent en indemnité journalière de 65 fr. en cas d'incapacité de travail passagère pendant 1095 jours, avec un délai d'attente de 14 jours ; une rente d'invalidité de 40 fr. par jour en cas d'incapacité de gain durable; ainsi qu'une indemnité journalière de 40 fr. par jour en cas d'hospitalisation.
4. La recourante est ainsi assurée par l'intimée dans le cadre d'une assurance maladie complémentaire individuelle.
5. Depuis le 2 février 1993, la recourante a eu des problèmes de santé et le 16 décembre 1994, elle a déposé une demande de prestations de l'assurance invalidité (ci-après : AI).
6. Dès le 20 septembre 1996, l'intimée a versé une pleine rente en cas d'invalidité, soit 40 fr. par jour.
7. Depuis le 1^{er} avril 1995, la recourante est au bénéfice d'une demi rente AI.

Le 10 janvier 1997, la recourante a déposé une demande de révision de son droit aux prestations de l'assurance invalidité.

L'office cantonal AI (ci-après : OCAI) a rejeté cette demande par décision du 12 octobre 1999, considérant que l'incapacité de gain de la recourante était de 50 %. L'OCAI a retenu un degré d'invalidité de 100 % dans l'exercice de son métier et de 32 % dans l'accomplissement des travaux ménagers.

La commission cantonale de recours en matière AVS/AI a rejeté le recours formé par la recourante une première fois par jugement du 29 mai 2001, puis une seconde fois par jugement du 13 juin 2003, après que le dossier lui fut renvoyé par Arrêt du Tribunal Fédéral des Assurances du 20 février 2003.

L'affaire a finalement été tranchée définitivement par Arrêt du Tribunal Fédéral des Assurances du 13 avril 2005 qui a rejeté le recours de la recourante.

8. L'intimée a quant à elle cessé de verser toute indemnité dès le 1^{er} janvier 2000, elle a informé la recourante que celle-ci avait perçu par erreur une rente en cas d'invalidité pour la période du 20 septembre 1996 au 31 décembre 1999.
9. Un échange de correspondance s'en est suivi.

10. Du 8 avril 2003 au 30 mars 2005, l'intimée a versé à la recourante une demi-rente en cas d'invalidité de 20 fr. par jour.

11. Le 25 avril 2005, la recourante a déposé une demande en paiement auprès du Tribunal de céans.

Elle demandait le versement par l'intimée d'une rente en cas d'invalidité entière depuis le 20 septembre 1996 pour une durée indéterminée en application de la police n°87478.002, la condamnation de l'intimée à verser la somme de 69'800 fr. avec suite d'intérêts et qu'il soit dit que la recourante avait droit à une rente de 40 fr. pour l'avenir et pour une durée indéterminée.

12. Invitée à répondre à la demande, l'intimée a déposé un mémoire réponse avec incident d'incompétence et demande reconventionnelle, au terme duquel elle a conclu principalement à l'incompétence du Tribunal de céans *ratione materiae* et subsidiairement à la constatation de la résolution du contrat d'assurance avec effet *ex tunc* et sur demande reconventionnelle, à la condamnation de la recourante à rembourser à l'intimée un montant de 134'385 fr. avec suite d'intérêts.

L'intimée a également pris des secondes conclusions subsidiaires afin qu'il soit constaté par le Tribunal de céans que la recourante était invalide à 50% et de sorte qu'elle devait le débouter de toutes ses conclusions.

13. Le 4 juillet 2005, la recourante a répondu à la demande reconventionnelle. sur l'incident d'incompétence *ratione materiae* soulevé, elle a conclu à ce que sa demande soit déclarée recevable. Sur demande principale elle a persisté dans les conclusions prises dans sa précédente écriture et sur demande reconventionnelle elle a conclu au déboutement de toutes les conclusions prises par l'intimée.

Subsidiairement, elle a également conclu à ce que le droit éventuel de l'intimée de répéter les prestations versées à la recourante soit déclaré prescrit voire éteint par la compensation.

14. La cause a été suspendue par arrêt du 20 juillet 2007 jusqu'à droit jugé par le Tribunal des conflits s'agissant de la compétence *ratione materiae*.

15. Cette question a fait l'objet d'une procédure par-devant le Tribunal des conflits qui a rendu d'un arrêt le 26 août 2005 confirmant la compétence du Tribunal de céans.

16. Le 31 octobre 2005, le Tribunal de céans a donc ordonné la reprise de l'instance.

17. Dans sa réplique du 28 novembre 2005, l'intimée a reproché à la recourante d'avoir dissimulé la dépression survenue en 1985, après la naissance de sa fille, dépression à répétition et de ne pas avoir répondu correctement au questionnaire médical au sujet de son épilepsie.

En conséquence, l'intimée s'est prévalut de réticence à ces sujets alléguant que si elle avait connu ces faits elle n'aurait pas conclu l'assurance, où à tout le moins émis une réserve.

Elle a relevé par ailleurs que Monsieur P_____, employé et agent de l'intimée, est un agent négociateur et non stipulateur et qu'en tout état la recourante n'a apporté aucune preuve de ce que la réticence aurait été causée par ce dernier.

Enfin, l'intimée a relevé que les rapports médicaux à sa disposition ne mentionnent ni épilepsie, ni dépression.

Elle indique que dès la connaissance des événements, dans le respect des délais, elle a résilié le contrat avec effet ex tunc et sollicité le remboursement de 134'385 fr. avec suite d'intérêts.

Subsidiairement, elle conclut à la constatation d'une invalidité de 50%.

18. Dans sa duplique du 10 janvier 2006, la recourante a pris acte que l'intimée avait indiqué qu'elle n'avait jamais été incapable de travailler en raison d'une dépression ou d'une brève épilepsie d'enfance.

Elle a à nouveau requis la production par l'intimée de différentes pièces, notamment d'une copie du contrat d'engagement de son employé, Monsieur P_____.

Elle a par ailleurs contesté l'existence de troubles dépressifs avant 1996 et a persisté pour le surplus dans ses conclusions prises dans les écritures préalables.

19. Les parties ont été entendues en comparution personnelle le 17 mai 2006.
20. La recourante a déclaré qu'elle n'avait aucune preuve qu'elle aurait eu des problèmes d'épilepsie durant son enfance.

Elle tenait ce fait de la déclaration de son père.

Elle avait donné cette indication à la maternité lorsqu'elle était enceinte de sa fille. Les médecins de la maternité avaient pratiqués des examens qui se sont avérés négatifs. Elle a expliqué, par ailleurs, que les examens pratiqués à l'Hôpital se sont avérés normaux.

Elle a de plus déclaré qu'elle avait indiqué lors de la conclusion du contrat d'assurances à l'employé de l'intimée, que son père lui avait dit qu'elle avait souffert d'épilepsie durant son enfance. Ce dernier lui aurait affirmé que cela ne comptait pas puisqu'elle était adulte et qu'elle n'avait pas d'épilepsie.

Elle a également indiqué que celui-ci ne lui a jamais remis copie de son contrat, qu'elle ne parlait pas français, que l'entretien s'était déroulé en portugais et qu'elle avait demandé sans succès une copie de son contrat à l'agence de Bel-Air.

Elle a confirmé avoir signé un contrat qu'elle n'a pas pu lire.

Elle a précisé par ailleurs qu'elle ne lisait pas beaucoup le français et qu'elle avait effectué sa scolarité obligatoire jusqu'en 4^{ème} année primaire. Elle lit et écrit le portugais.

Elle a également indiqué que c'était l'employé de l'intimée qui avait traduit les questions relatives au formulaire d'assurance. S'agissant de l'épilepsie, celui-ci lui a affirmé que cela n'avait pas d'importance dès lors qu'il s'agissait d'un événement survenu dans son enfance et non pas dans les 5 ans avant de conclure le contrat. Il lui a indiqué n'avoir rien marqué.

21. Quant à l'intimée, celle-ci a indiqué qu'elle maintenait ses griefs de réticence s'agissant de l'épilepsie.

Elle s'est notamment prévalu de ce que la recourante reconnaissait que l'épilepsie devait être signalée puisqu'elle prétend l'avoir fait.

L'intimée a relevé que sur le rapport de la Polyclinique de gynécologie du 17 janvier 1985, il est fait état d'épilepsie traitée au Portugal pendant 2 ans d'une évolution favorable, mais qu'aucune guérison n'y est mentionnée.

Elle a soutenu également qu'un délai d'attente de 14 jours seulement pour une personne qui souscrit une assurance pour une durée de 1095 jours avec une rente d'invalidité à vie en cas de maladie serait un fait insolite.

Elle a indiqué par ailleurs que la recourante a conclu le contrat en 1989, qu'elle avait affirmé être en bonne santé ce qui ne serait pas le cas puisque de 1989 à 1995 elle avait été incapable de travailler pendant six mois au total.

En ce qui concerne l'état dépressif majeur, l'intimée relève que le rapport du 25 septembre 2002 du Dr A_____ fait état de trois épisodes d'état dépressif majeur dont un en 1985.

Elle s'est dite surprise d'apprendre qu'elle aurait écrit au Docteur B_____ dans la mesure où son nom ne figurait pas dans la proposition d'assurance et a indiqué que si la recourante ne lisait pas le français elle aurait dû se faire aider par un traducteur.

Elle a indiqué que l'agent d'assurance ayant conclu le contrat ne travaille plus chez elle.

Enfin, elle a relevé que sur le formulaire de santé il était clairement indiqué que le proposant ainsi que la personne à assurer sont responsables envers elle de l'exactitude des informations fournies même si le formulaire est rempli par un tiers.

22. A l'issue de l'audience de comparution personnelle, le Tribunal a ouvert des enquêtes par audition de témoins.
23. Par courrier du 12 juin 2006 l'intimée a informé le Tribunal qu'elle maintenait les griefs de réticence tant en ce qui concerne l'épilepsie que les dépressions nerveuses.
24. Lors de son audition du 30 août 2006, Monsieur D_____ a déclaré que son épouse était allée à l'école au Portugal jusqu'en 4^{ème} année primaire, c'est-à-dire jusqu'à l'âge de dix ans environ. Elle n'avait aucune formation et elle parle portugais. Il a indiqué que le couple n'écrit pas en français et qu'ils font appel à leur voisine pour les aider dans ce domaine.

La signature du contrat d'assurance s'était passée à son domicile. Il a confirmé par ailleurs que c'est l'agent d'assurance qui a rempli le formulaire.

Il a indiqué que ce dernier le connaissait depuis le Portugal puisqu'il habitait près de chez lui et que d'autres personnes ont connu des problèmes après avoir conclu un contrat d'assurance par son intermédiaire.

Monsieur D_____ a déclaré par ailleurs qu'il connaît son épouse depuis 35 ans et qu'ils sont mariés depuis 25 ans. Il n'a jamais vu de crise d'épilepsie. Lorsqu'ils sont arrivés à Genève, son épouse a fait des examens à l'Hôpital et les résultats se sont avérés négatifs. Les médecins n'ont jamais trouvé de traces d'épilepsie et elle n'a jamais pris de médicaments antiépileptiques à sa connaissance.

Il a indiqué qu'en 1996, c'était lors d'un voyage au Canada que sa femme avait perdu connaissance et avait dû être hospitalisée. Selon lui les problèmes de santé de son épouse dataient de cette époque, à savoir les problèmes cardiaques et plus tard la fibromyalgie.

Il a déclaré également qu'il avait sollicité une copie de la proposition d'assurance directement auprès de celle-ci et que cela lui a été refusé. C'est uniquement à la demande de l'avocat de son épouse qu'ils ont finalement pu obtenir une copie de la proposition d'assurance.

25. Le témoin S_____ a été entendu le 30 août 2006. Il ressort de ses déclarations qu'elle connaît la recourante depuis 20 ans. Celle-ci parlait peu le français et devait être aidée dans ses démarches administratives, notamment pour écrire des lettres et pour lire ses courriers.

Pour la période qui a suivi la naissance de sa fille, elle a indiqué que la recourante n'a jamais manqué au travail, que c'était une femme très différente, qui était mince, très vive, enjouée, faisait du crochet et était un véritable boute-en-train.

Elle a indiqué qu'environ 4 ou 5 ans après l'avoir connue, la recourante avait commencé à se plaindre de douleurs dans les bras.

Enfin, elle a précisé que la recourante était actuellement bien intégrée en Suisse et gagnait bien sa vie. Au début elle communiquait difficilement avec la recourante en raison d'un problème de langue de sorte qu'elle avait dû l'aider à mieux parler le français, aide qu'elle poursuit encore aujourd'hui.

26. Il ressort du témoignage du Docteur A _____, que celui-ci s'exprimait en portugais avec sa patiente. Depuis le mois d'avril 2000, elle l'a consulté à raison d'une fois par mois et dans les moments difficiles de deux fois par mois.

Le diagnostic posé par le Docteur A _____ est un trouble dépressif récurrent, d'intensité moyenne. Il a précisé qu'elle n'avait jamais consulté de psychiatre avant lui et ignorait si elle avait pris des traitements médicamenteux ou des anxiolytiques auparavant.

Sur présentation de son propre courrier du 20 juin 2005, il a relevé qu'il voyait mal comment l'Hôpital Cantonal avait pu faire mention d'un état dépressif majeur avant la naissance de la fille de la recourante en décembre 1985. Il a précisé que cela lui avait apparu bizarre. Il a relevé que les médecins qui avaient signé la pièce ne sont pas psychiatres et a précisé que son examen clinique prévalait sur ce que disaient ses confrères non psychiatres.

Il a confirmé la teneur du rapport médical du Dr D _____ du 15 avril 2003, et a déclaré qu'il ne pouvait pas dire de quand datait le premier état dépressif. A en croire ses collègues de l'Hôpital Cantonal, la recourante aurait fait en 1993 un premier épisode dépressif.

Il n'a pas exclu qu'après la naissance d'un enfant qui connaît des problèmes de santé, la mère puisse présenter des problèmes liés à un état dépressif. Il a relevé qu'il est scientifiquement reconnu qu'après la naissance d'un enfant, il est relativement fréquent que les mères fassent des dépressions. Il a précisé qu'il ne serait pas surpris si la recourante avait fait une dépression dans la première et la deuxième année suivant la naissance de sa fille mais que rien ne permettait de l'affirmer.

Il s'est étonné qu'on décrive la recourante dans les deux à trois ans après la naissance de sa fille comme une personne joyeuse boute-en-train. Selon lui il s'agit d'une personne sérieuse et ordonnée. Il a toutefois refusé de se prononcer sur cette question puisqu'il ne la connaissait pas lui-même à cette époque.

27. Le témoin M_____ a été entendu le 30 août 2006 et a déclaré qu'il était responsable de la section de la conclusion des contrats d'assurance accident et maladie auprès de l'intimée depuis le 1^{er} septembre 2005. Le but du questionnaire de santé est de connaître les antécédents médicaux et l'état de santé actuelle de la personne afin de déterminer si la personne peut être assurée et à quelles conditions.

Il a précisé avoir des questionnaires dans plusieurs langues, soit en français, allemand et italien. Il indique que normalement le conseiller s'exprime dans la langue qu'il connaît.

En ce qui concerne les maladies, il a déclaré que l'assurance prête une attention particulière aux affections dorsales et psychiques.

Lorsqu'une personne est encore en traitement, d'une façon générale la conclusion du contrat est refusée, de même qu'en cas de risque de rechute, sauf pour les assurances collectives où le contrat est conclu avec une réserve.

Il a indiqué n'avoir jamais pris de décision dans le cadre du contrat objet de la présente procédure. Il n'avait jamais connu l'agent d'assurance qui a conclu le contrat de la recourante, qu'il sait avoir travaillé pour l'intimée à l'agence de Genève et n'être pas en très bons termes avec son employeur.

Il a confirmé que les conseillers reçoivent en sus de leur rémunération une commission lors de la conclusion d'un contrat.

Selon lui le droit au versement de la rente d'invalidité se détermine actuellement après la décision de l'assurance sociale. Tel n'était pas le cas il y a quelques années où le droit à la rente d'invalidité prenait naissance après un délai de deux ans d'attente depuis le début de la maladie.

Il a indiqué qu'à la réception du questionnaire de santé, lorsqu'il est fait mention d'affection, le médecin questionné est celui dont le nom figure sur le questionnaire. Il pense qu'il y a vingt ans, c'était la même pratique.

Enfin, si la langue n'est pas comprise entre les deux parties, le contrat ne serait en principe selon lui pas conclu.

28. Lors de son audition du 4 octobre 2006, le Docteur JACCARD, a déclaré qu'il connaissait la recourante depuis 1993 et qu'il s'exprime avec elle en français. Il a confirmé que celle-ci a des problèmes au niveau de l'écriture et de la lecture. Il passe plus de temps à lui expliquer la teneur des rapports verbalement.

Il a déclaré par ailleurs qu'en 1993, la recourante ne présentait pas d'état dépressif. Il lui avait prescrit un traitement antidépresseur, mais dans le cadre du traitement de la douleur à petite dose, soit 10% de la dose habituelle prescrite dans le cas d'un état dépressif.

Il lui a été soumis le formulaire de la demande de prestation AI de la recourante. Il indique qu'il n'avait pas mentionné d'état dépressif sur ladite demande car il n'avait rien constaté.

Après la lecture de son propre courrier du 25 juin 1998, il a déclaré n'avoir jamais posé de diagnostic et il s'agit de son interprétation faite sur la base de déclarations de la patiente.

Il a précisé qu'il n'a jamais eu de confirmation de la part d'un psychiatre, qu'elle aurait effectivement fait une dépression réactionnelle, qu'il n'a pas attaché beaucoup d'importance à cet événement car les dépressions post-partum sont connues.

Il est par ailleurs revenu le contenu de son rapport médical du 27 mai 2003. Il a précisé avoir repris tels quels d'autres rapports médicaux, mais s'il compare avec son dossier, il n'y avait aucune notion d'état dépressif traité en 1993. Il ignore si sa patiente a été traitée en 1985, soit après la naissance de sa fille pour une dépression.

Il a relevé que le premier arrêt de travail de sa patiente date du 5 avril 1994, qu'il s'agissait d'un arrêt de travail à 50%, tout en précisant qu'il lui était impossible de répondre à la question de savoir si sa patiente avait eu des incapacités de travail avant cette date.

A la soumission du dossier médical de la recourante produit par l'intimée, le témoin a précisé qu'en présence d'un diagnostic de fibromyalgie primaire, sa patiente s'était plainte de douleurs multiples et que cet état avait engendré un état anxieux dans la mesure où il n'y a pas d'explication médicale à ses douleurs.

Il a indiqué avoir noté en 1994 une notion d'épilepsie dans la famille de la recourante, et plus particulièrement son frère. Sa patiente avait fait de fréquents petits malaises entre 1994 et 1997 qu'il avait attribués à l'état anxieux et s'était posé la question de savoir si éventuellement elle aurait des symptômes d'épilepsie. Celle-ci a été vue par un neurologue et les examens se sont avérés négatifs.

Il a indiqué que la recourante a subi en 1993 et 1996 des électroencéphalogrammes effectués par le Docteur C_____, neurologue, qui avaient permis d'exclure une atteinte neurologique, notamment une épilepsie.

Il ignore sur quelle base la clinique obstétrique a mentionné que l'assurée a bénéficié d'un traitement antiépileptique pendant deux ans au Portugal entre 10 et 12 ans. Le Docteur C_____ avait mis en doute l'hypothèse même qu'elle aurait pu souffrir d'une épilepsie.

29. Entendu le 1^{er} novembre 2006, le Docteur C_____, a déclaré avoir vu pour la première fois sa patiente en 1993. Elle lui avait été adressée par le Docteur

B_____ médecin répondant à la Permanence de Chantepoulet. Celui-ci lui avait indiqué que la recourante présentait des pertes de connaissance d'origine indéterminée.

Il a déclaré que la recourante lui avait rapporté qu'elle avait eu des pertes de connaissance entre l'âge de 5 et 12 ans au Portugal, sa famille lui aurait indiqué qu'il pouvait s'agir d'une épilepsie car un membre de sa famille en souffrait.

Il avait relevé cependant qu'il n'y a jamais eu d'investigations au Portugal et elle n'a jamais été traitée.

Il a pratiqué un électroencéphalogramme qui s'est révélé entièrement normal et précise que si la patiente avait présenté une épilepsie visionnelle, on trouverait des traces à l'électroencéphalogramme plusieurs années après. Or, tel n'était pas le cas.

En 1993, il avait déjà mis en doute le diagnostic d'épilepsie. Il avait pratiqué un second examen en 1996 et a produit au Tribunal le rapport qu'il a adressé au Docteur JACCARD en date du 7 novembre 1996. L'examen s'était révélé à nouveau normal.

Il a relevé qu'il n'y a jamais eu de manifestation clinique de crises d'épilepsie tels que les phénomènes de convulsions et, lors de la perte de connaissance à Toronto de sa patiente, celle-ci avait été hospitalisée par les médecins canadiens qui avaient pratiqués un électrocardiogramme et non un électroencéphalogramme.

Ceux-ci montraient que les manifestations cliniques ne parlaient pas du tout en faveur d'une crise d'épilepsie.

Quant à lui, il a relevé que son rapport parle typiquement en faveur de syncopes vaso-vagales.

Après soumission du rapport de la Polyclinique de gynécologie du 17 janvier 1985, il a réaffirmé qu'il n'a jamais eu connaissance de traitements au Portugal par des antiépileptiques pendant deux ans.

Il a retenu que les phénomènes cliniques rapportés par sa patiente ne sont pas évocateurs d'une épilepsie que se soit en 1993 ou dans son enfance, il suspecte que le diagnostic d'épilepsie dans l'enfance a été posé à tort et que si elle avait été traitée c'était à tort.

Il a précisé par ailleurs que sa patiente n'avait jamais pu lui indiquer quel type de traitement elle aurait subi lors de son enfance.

Enfin, il a relevé que la paralysie faciale présentée par sa patiente en 1999 n'avait aucun lien avec l'épilepsie, elle était périphérique et n'avait aucun lien avec le cerveau. D'ailleurs sa patiente avait commencé à récupérer 17 jours plus tard.

Il a déclaré enfin que le diagnostic d'épilepsie est lourd et difficile à poser, et qu'il entraîne des limitations dans la vie de tous les jours des patients (tels que permis de conduire, choix d'une profession).

En ce qui concerne le traitement bêtabloquant, il a été préconisé par son cardiologue.

30. Lors de l'audition du 1^{er} novembre 2006 du Dr E_____, a déclaré être le médecin traitant de la recourante depuis 1996, il l'a soignée pour une hypertension artérielle ainsi qu'un syndrome anxiodépressif réactionnel modéré.

Le Tribunal lui a soumis le rapport médical du 2 juin 2003, le certificat médical du 24 juillet 1998 et le courrier du 1^{er} juillet 2005 du Dr E_____. Il en a confirmé la teneur et a confirmé que ses confrères spécialistes ont posé le diagnostic de fibromyalgie pour sa patiente.

Il a indiqué par ailleurs que les douleurs chroniques de la recourante ont eu des conséquences sur son état psychique et qu'à sa connaissance sa patiente n'avait pas suivi de traitement psychiatrique avant de venir à sa consultation.

Il déclare avoir eu connaissance le 6 mai 1996 de ce que sa patiente aurait présenté des crises d'épilepsie jusqu'à l'âge de 12 ans. Il indique qu'elle n'a jamais présenté de telles crises depuis qu'il la connaît. Sur la base de ses déclarations, il l'avait adressée au Docteur C_____ qui a pratiqué un électroencéphalogramme qui n'a pas montré d'élément pouvant faire penser à une épilepsie.

Il a expliqué par ailleurs que sa patiente vient d'un village au Portugal et qu'il pense que le système médical sur place à l'époque n'était pas suffisamment équipé pour poser un tel diagnostic.

Sur question du Tribunal, il a indiqué également qu'il n'a reçu aucune information provenant du Portugal.

A sa connaissance, sa patiente n'a pas reçu de traitement prophylactique pour l'épilepsie.

Lors de l'analyse du certificat du Dr E_____ du 2 juin 2005, il a expliqué qu'il a mis un point d'interrogation après le mot perte de connaissance brève car il n'était pas sûr de la réalité d'une telle perte de connaissance.

Il a déclaré qu'il avait été découvert une hypertension lors de sa grossesse. Par ailleurs, il a indiqué qu'une poussée hypertensive peut entraîner des malaises avec perte de connaissance plus ou moins brève.

Le malaise de sa patiente lors d'un voyage aux Etats-Unis n'était selon lui pas une crise d'épilepsie mais une crise qui a été identifiée comme une crise d'hypertension.

Selon lui la grossesse est un facteur qui déclenche parfois de l'hypertension et lorsqu'il avait reçu sa patiente, elle était traitée pour une hypertension. Cependant, comme elle présentait des troubles du rythme cardiaque, il avait changé le traitement et lui avait prescrit du bêtabloquant.

Il pense que sa patiente aurait été mise au courant par le corps médical de son problème d'hypertension survenu lors de la grossesse.

Sur questions du Tribunal, il avait indiqué que lors de sa première consultation, il a noté que sa patiente présentait une hypertension artérielle connue et traitée depuis une année.

Sur présentation du rapport de la Polyclinique de Gynécologie du 17 janvier 1985, il a déclaré n'avoir pas eu connaissance de toutes ces pièces. Il a déclaré se souvenir d'une notion d'hypertension artérielle pendant la grossesse qui doit ressortir selon lui d'un rapport de l'Hôpital.

31. Suite à cette déclaration, l'intimée par courrier du 2 novembre 2006 a invoqué un troisième cas de réticence, soit une hypertension au cours de la grossesse.
32. Par courrier du 8 novembre 2006, la recourante a indiqué que les déclarations contradictoires du Dr E_____ se fondaient sur un vague souvenir qu'il avait du rapport des HUG et qu'il n'existait pas d'autre document que le rapport de la Polyclinique de Gynécologie du 17 janvier 1985 qu'elle avait déjà produit.

A l'appui de ses déclarations, la recourante a produit une attestation datée du 7 novembre 2006, adressée à son conseil, dans laquelle le Dr E_____ déclare qu'après avoir consulté les documents en sa possession du service gynécologique obstétrique de l'HUG, il n'a pas trouvé d'élément écrit faisant mention d'une augmentation de pathologie de sa tension artérielle. Dans cette attestation, il se réfère ensuite à son dossier médical et déclare que la recourante présente une hypertension artérielle modérée découverte et traitée régulièrement depuis l'année 1995.

33. Lors de son audition du 22 novembre 2006, le Docteur F_____, médecin conseil de l'intimée a déclaré, qu'il n'avait pas examiné personnellement la recourante, car il n'était pas médecin conseil de l'intimée à l'époque. Il a déclaré avoir étudié le dossier que l'intimée lui avait remis.

Il a indiqué que des rapports médicaux ont été reçus pour l'intimée en 1993 et 1994 qui faisaient état de problème d'hypertension et d'état dépressif en 1985 déjà.

34. Sur demande de l'intimée, le Tribunal, par ordonnance du 22 novembre 2006 a invité le Docteur E_____ à lui soumettre le dossier complet concernant sa

patiente et fixé un délai aux parties pour consulter le dossier et déposer des conclusions après enquêtes.

35. Par mémoire du 20 février 2007, la recourante a repris son argumentation précédente et sur demande reconventionnelle elle a objecté de prescription pour les prestations versées avant le 6 juin 1995 et excipé de compensation à concurrence des primes d'assurance versées depuis la conclusion de la police.
36. Par mémoire du même jour, l'intimée a également repris son argumentation précédente.
37. L'intimée a produit son dossier médical concernant la recourante. Celle-ci a, quant à elle, produit de nombreuses pièces, dont dix certificats médicaux sur formule de l'intimée, datés du 6 juin 1991 au 4 août 1995.

EN DROIT

1. La question de la compétence du Tribunal cantonal des assurances sociales en la matière a été réglée par Arrêt du Tribunal des conflits du 26 août 2005 qui confirme la compétence du Tribunal cantonal des assurances sociales en matière d'assurance complémentaire.

En l'espèce, la recourante est assurée pour une rente d'invalidité en cas d'incapacité de gain durable.

Conformément à l'article 56 V al. 1 lettre c LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît des litiges portant sur une assurance perte de gain maladie, même soumise aux dispositions de la LCA.

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie, et la demande doit être déclarée recevable.

2. La question litigieuse est de savoir si la recourante a, ou non, commis une réticence.

Il ressort du dossier et de l'instruction que l'intimée a résilié le contrat d'assurance police n°87478.002, le 23 et le 24 mai 2005 au motif que la recourante avait commis une réticence en ne mentionnant pas qu'elle avait souffert d'épilepsie et de dépression nerveuse avant la signature de la proposition d'assurance, puis en date du 2 novembre 2006 pour ne pas avoir mentionné qu'elle avait souffert d'une hypertension au cours de sa grossesse.

Il convient donc d'examiner si la recourante a commis une réticence et, dans l'affirmative, si l'assurance a fait valoir cette réticence à temps.

En vertu de l'article 4 LCA, le proposant doit déclarer par écrit à l'assureur suivant un questionnaire en réponse à toutes autres questions écrites, tous les faits qui sont importants pour l'appréciation du risque tels qu'ils sont ou doivent être connus lors de la conclusion du contrat (al. 1).

Sont importants tous les faits de nature à influencer la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues (al. 2).

Sont réputés importants les faits au sujet desquels l'assureur a posé par écrit des questions précises, non équivoques.

Aux termes de l'art. 6 LCA, si celui qui devait faire la déclaration a, lors de la conclusion du contrat, omis de déclarer ou inexactement déclaré un fait important qu'il connaissait ou devait connaître (réticence), l'assurance n'est pas liée par le contrat, à condition qu'il s'en soit départi dans les 4 semaines à partir du moment où il en a eu connaissance.

Le proposant doit ainsi déclarer par écrit à l'assureur, suivant un questionnaire ou en réponse à toutes autres questions écrites les faits qui sont importants pour l'appréciation du risque tels qu'ils lui sont ou doivent être connus lors de la conclusion du contrat ; sont importants tous les faits de nature à influencer la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues, tous les éléments qui doivent être considérés lors de l'appréciation du risque et qui peuvent éclairer l'assureur à savoir toutes les circonstances permettant de conclure à l'existence des facteurs de risque (ATF 116 II 339 consid. 1a ; 116 V 226 consid. 5a et les Arrêts cités).

Il résulte clairement du texte des articles 4 et 6 LCA qu'il ne faut adopter ni un critère purement subjectif, ni un critère purement objectif pour juger si le proposant a violé ou non son obligation de renseigner. En effet, la loi n'impose pas seulement au proposant de communiquer à l'assurance, en réponse aux questions correspondantes, les faits importants pour l'appréciation du risque qui lui sont effectivement connus, mais également ceux qu'il devait connaître. Ce qui est finalement décisif, c'est de déterminer si et dans quelles mesures le proposant pouvait donner de bonne foi une réponse inexacte à l'assurée, selon la connaissance qu'il avait de la situation et, le cas échéant, selon les renseignements que lui avaient fournis des personnes qualifiées. Le proposant doit se demander sérieusement s'il existe un fait qui tombe sous le coup des questions de l'assureur ; il remplit son obligation s'il déclare, outre les faits qui lui sont connus sans autre réflexion, ceux qui ne peuvent lui échapper s'il réfléchit sérieusement aux questions (ATF 118 II 333 consid. 2b ; 116 II 338 consid. 1c et les arrêts cités ; NEF, Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], n°56 ad. art. 4 LCA).

En d'autres termes, ce qui importe ce n'est pas l'exactitude objective, mais l'exactitude subjective de la déclaration que le proposant est en mesure de faire à la lumière de sa situation personnelle (NEF, op. cit., n°27 ad. art. 4 LCA).

L'assureur n'est pas tenu, en général de vérifier l'exactitude des renseignements donnés par le proposant.

Il doit seulement résoudre les difficultés provenant des incertitudes et des contradictions qui résultent du texte de la proposition. Néanmoins, il ne saurait éluder l'obligation, que lui imposent les règles de la bonne foi, de redresser l'erreur commise par l'autre partie, lorsque cette erreur porte sur un fait qu'il connaissait ou devait connaître. L'assureur est censé connaître, en particulier, non seulement les renseignements qui lui ont été donnés lors de la souscription d'assurance ou lors du règlement de sinistre antérieur, mais aussi les faits appris de la bouche de tiers (ATF 111 II 388 consid. 3c) bb), p.396 ; 90 II 449 consid. 4, p.456 ; NEF, op. cit. n°23 ad. art. 8 LCA et les références mentionnées). Ainsi, les faits dont la société mère a connaissance sont opposables à la société filiale lorsque les deux entités juridiques disposent d'une banque de données électroniques commune ou emploient les mêmes collaborateurs (cf. arrêt non publié du Tribunal fédéral des assurances du 21 août 2001, n° 5C.104/2001, consid. 4c) bb) et les citations).

3. La détermination du moment à partir duquel le délai court pour se départir du contrat dépend de l'avènement d'une condition purement objective, la connaissance de la réticence et nullement de la question de savoir si, en prêtant l'attention usuelle, l'assurance eût dû connaître plus tôt le fait sur lequel l'assurée a gardé le silence.

S'agissant de l'exercice d'un droit limité dans le temps en ce sens que l'inobservation du délai légal a pour conséquence la déchéance du droit lui-même (faculté de résoudre le contrat), les principes communément admis en matière d'interprétation de la loi ne permettent pas d'aggraver cet exercice en interprétant extensivement le texte légal.

Ce point de vue est corroboré par la considération plus générale que, dans d'autres rapports de droit également, celui qui est au bénéfice d'une déclaration positive de son cocontractant peut s'en tenir à cette déclaration sans avoir à en contrôler l'exactitude en se livrant à des investigations, même dans le cas où il y a des doutes à ce sujet.

Le délai ne commence à courir que lorsque l'assureur reçoit des renseignements dignes de foi sur des faits dont on peut déduire avec certitude qu'une réticence a été commise ; de simples présomptions qui apportent une plus ou moins grande vraisemblance, ne sont pas suffisantes (RBA XIV p. 67.b).

4. En l'espèce, il ressort des pièces produites par la recourante soit le rapport de la Polyclinique de Gynécologie en 1985 lors de la naissance de sa fille, que cette dernière avait indiqué à l'Hôpital Cantonal de Genève qu'entre 5 et 12 ans, elle avait des pertes de connaissance précédées d'un sentiment général de transpiration et de pâleur, et qu'elle avait effectué deux ans plus tôt des électroencéphalogrammes qui se sont avérés normaux, de sorte que les allégations de son époux indiquant qu'ils avaient cherché à savoir si la recourante souffrait d'épilepsie ou non car ils voulaient éclaircir ce point semblent vraisemblables.

Dans ces circonstances, il ne peut être reproché à la recourante d'avoir indiqué lors de la conclusion du contrat qu'elle était en parfaite santé et de n'avoir pas déclaré qu'elle avait souffert, selon les déclarations de son père, entre l'âge de 5 et 12 ans de crises d'épilepsie.

Ce d'autant plus que depuis l'âge de 12 ans elle n'avait plus eu d'autres crises et par la suite avait procédé à des examens médicaux permettant d'exclure tout épisode épileptique.

A ce stade, il sera également rappelé que la question de savoir si le proposant à satisfait ou non son obligation de renseigner s'apprécie nécessairement au regard des qualités et de la situation du proposant au moment où celui-ci doit faire à l'assureur, en réponse aux questions de ce dernier, les communications visées à l'art. 4 LCA.

Au moment de la conclusion du contrat d'assurance en 1989, la recourante vivait en Suisse depuis environ 8 ans, à la naissance de sa fille, en 1985 elle avait déjà entrepris des démarches nécessaires en effectuant deux électroencéphalogrammes qui lui avaient permis de comprendre qu'elle n'était pas atteinte d'épilepsie. En tout état elle ne souffrait pas de cette maladie.

De surcroît, il ressort du formulaire que la question 22 porte sur les 5 dernières années, de sorte qu'il n'est pas exclu que la recourante ait pu penser de bonne foi que la question litigieuse numéro 24 portait également sur cette période. Or, elle n'avait pas eu de soucis de santé depuis plus de 20 ans au moment de signer la proposition d'assurance en 1989.

Ce n'est qu'en 1993 et en 1996 que deux nouveaux électroencéphalogrammes ont été effectués et ceux-ci ont confirmé qu'il n'y avait probablement pas eu d'épilepsie dans l'enfance.

Or, la situation doit être analysée telle que les parties la concevaient à l'époque du questionnaire et non à la lumière du diagnostic posé plusieurs années après par les médecins.

C'est donc à juste titre que la recourante, se fondant sur les dires de ses médecins précédents qui avaient effectués des électroencéphalogrammes avant son accouchement, a indiqué en 1989 être en bonne santé.

On ne peut exiger d'une patiente qu'elle fasse abstraction des constatations claires de ses médecins quant à la normalité de son état pour faire tout de même part à l'assureur d'événements qui se seraient déroulés selon les dires de son père durant son enfance.

La recourante n'a ainsi pas commis de réticence à ce sujet.

5. Il s'agit maintenant d'examiner si en ne faisant pas état de troubles de sa santé psychique, la recourante a commis une réticence distincte de la problématique étudiée plus haut.

En l'espèce, il ressort du dossier médical remis par le Docteur E_____ qu'il avait constaté les premiers syndromes anxiodépressif en 1996.

L'intimée ne peut donc être suivie lors qu'elle déclare que la recourante aurait passé un état dépressif majeur survenu en 1985 sous silence.

Ce d'autant plus qu'il ressort de l'instruction du dossier et de l'audition des témoins que cette information s'est révélée être erronée.

En effet, entendus à ce sujet, les divers médecins ont déclaré que la mention d'état dépressif était une erreur reprise dans d'autres rapports telle quelle.

Il est ainsi douteux que cette omission constitue, dans de telles circonstances, une réticence. Quoi qu'il en soit, même s'il fallait admettre une réticence, il s'agirait d'une réticence distincte de la problématique examinée plus haut, qui fait courir un délai distinct.

Or, sur ce point, le médecin conseil de l'intimée a déclaré qu'il avait reçu des rapports médicaux en 1993 et 1994 qui faisaient état de problèmes d'hypertension et d'état dépressif en 1985 déjà, à savoir pendant la grossesse.

A cette époque, l'intimée avait donc en mains suffisamment d'informations pour invoquer une réticence pour l'hypertension et les troubles dépressifs. Partant, sa résiliation pour ces motifs, intervenue en 2005 seulement, est tardive (art. 6 LCA).

La recourante a produit divers certificats médicaux sur formule de l'assurance, dont un rapport médical daté du 11 août 1993 qui sollicite l'intervention du médecin conseil de l'assurance, auquel il est peu vraisemblable que celle-ci n'ait pas donné suite.

Se pose ainsi la question de savoir si l'intimée a produit toutes les pièces médicales concernant la recourante. Cette question peut rester ouverte, vu les explications qui précèdent.

6. Enfin, l'intimée demande à titre subsidiaire que l'invalidité déterminante de la recourante soit arrêtée à 50 %. Elle se fonde notamment sur la décision de l'OCAI du 12 octobre 1999 et sur le fait que la recourante pourrait se reconvertir.

Cette appréciation ne saurait être suivie.

En effet, à teneur du contrat d'assurance et des conditions générales qui s'appliquent, la recourante a droit aux prestations convenues en totalité en cas d'incapacité de gain durable d'au moins deux tiers (art. C 3.1 des conditions générales).

Aucune référence n'est faite aux décisions rendues dans le cadre de l'AI. Selon l'art. C 3.2 des conditions générales, il y a incapacité de gain durable lorsque l'assuré, est incapable d'exercer sa profession ou une autre activité lucrative correspondant à sa situation, ses connaissances et ses capacités.

Certes, seul un taux d'invalidité de 50 % a été reconnu à la recourante par l'OCAI, selon décision aujourd'hui définitive. Ce taux a toutefois été retenu dans le cadre d'un calcul dit mixte, prescrit par l'ancien art. 27bis al. 1 RAI. L'incapacité de travail reconnue dans ce cadre s'élève à 100 %. Or, aucun élément ne permet de s'écarter d'un tel taux.

Rien ne permet par ailleurs de suivre l'intimée quant aux possibilités de réadaptation alléguées par elle.

La recourante a ainsi droit à une rente complète de 40 fr. par jour.

Il en résulte que la demande, bien fondée, sera admise.

7. La recourante qui obtient gain de cause aura ainsi droit à des dépens fixés en fonction du nombre d'échanges d'écritures, de l'importance et de la pertinence des écritures, de la complexité de l'affaire et du nombre d'audiences et d'actes d'instruction.

En l'espèce, les dépens seront fixés à 3'500 fr.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Dit que les parties sont toujours liées par le contrat d'assurance perte de gain selon la police n°87478.002.
4. Condamne la MOBILIERE SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES SA à verser à Madame D _____ la somme de 69'800 fr. avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2001.
5. Condamne la MOBILIERE SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES SA à verser à Madame D _____ la somme de 40 fr. par jour depuis le 26 avril 2005 et pour une durée indéterminée.
6. Condamne la MOBILIERE SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES SA à verser à Madame D _____ la somme de 3'500 fr. à titre de participation à ses frais et dépens.
7. Déboute les parties de toutes autres conclusions.
8. Dit que la procédure est gratuite.
9. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

Le président

Sylvie CHAMOUX

Thierry STICHER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances privées par le greffe le