

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2300/2022

ATAS/10/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 10 janvier 2024

Chambre 4

En la cause

A _____
représenté par Me Albert J. GRAF, avocat

demandeur

contre

AXA ASSURANCE SA
représentée par Me Patrick MOSER, avocat

défenderesse

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, présidente ; Antonio Massimo DI TULLIO et Larissa ROBINSON-MOSER, juges assesseur·e·s

EN FAIT

- A.** **a.** Le 2 février 2019, Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le demandeur) a été engagé pour une durée indéterminée par B_____ Sàrl (ci-après : l'employeur), à un taux d'activité de 50% auprès du restaurant Maître Jacques à Nyon avec prise d'emploi le 1^{er} mars 2019. Le montant du salaire mensuel brut s'élevait à CHF 2'250.- versé douze fois l'an.
- b.** Par courrier du 18 mars 2019, l'employeur a reporté la prise d'emploi au 6 mai 2019 en raison de travaux de rénovation du restaurant.
- c.** Le personnel de l'employeur était au bénéfice d'une assurance collective couvrant la perte de gain en cas de maladie auprès d'AXA ASSURANCES SA (ci-après : l'assurance ou la défenderesse). Le contrat prévoyait notamment le versement, après un délai d'attente de 30 jours, d'indemnités journalières correspondant à 80% du salaire, pendant une durée de 730 jours au maximum.
- d.** Par courrier du 20 juin 2019, l'employeur a confirmé à l'assuré que, conformément à une discussion intervenue deux jours auparavant, son taux d'activité était porté à 100% dès le 1^{er} juillet 2019 pour un salaire mensuel de CHF 5'000.-, versé treize fois l'an.
- e.** À partir du 4 juillet 2019, l'assuré s'est trouvé en incapacité de travail, dûment attestée par la docteure C_____, spécialiste FMH en médecine interne générale, du fait d'un épisode dépressif (F32).
- f.** Il a repris le travail à 30% dès le 21 octobre 2019, puis à 50% dès mi-novembre de la même année.
- g.** Dans l'intervalle, le docteur D_____, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie et médecin conseil de l'assurance, a examiné le dossier médical de l'assuré et considéré, à teneur de son rapport médical du 18 novembre 2019, que l'évolution de la pathologie devrait conduire à une capacité de travail complète dès le 1^{er} février 2020.
- h.** La Dre C_____ a cependant à nouveau placé l'assuré en arrêt de travail complet dès janvier 2020.
- i.** Mettant en doute la réalité de l'augmentation du taux contractuel de travail de l'assuré de 50 à 100% à partir du 1^{er} juillet 2019, ainsi que de la réalité de son incapacité de travail, l'assurance a suspendu le versement des indemnités journalières dès le 1^{er} mars 2020.
- j.** Elle a alors confié un mandat d'expertise au docteur E_____, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, qui a examiné l'assuré le 20 mars 2020 et a remis son rapport le 23 mars 2020. Il a retenu le diagnostic d'épisode dépressif sévère sans symptôme psychotique. La capacité de travail, nulle au jour de l'expertise, était estimée de manière prospective à 40% dès mi-juin, puis 70% dès

mi-juillet et enfin 100% dès mi-août 2020. Le pronostic était décrit comme prudemment optimiste.

k. En parallèle, par courriel du 12 mai 2020, l'employeur a confirmé à l'assurance, que le taux d'activité de l'assuré avait bien été porté à 100% dès le 1^{er} juillet 2019, suite au départ d'un associé initialement chargé de la gestion du restaurant. Il n'y avait pas eu d'avenant, la modification ayant été convenue par oral, mi-juin, puis confirmée par courrier le 20 juin 2019.

l. Le 25 mai 2020, suite à une demande d'informations complémentaires de l'assurance, l'employeur lui a notamment transmis les documents suivants :

- le courrier du 20 juin 2019 qu'il avait adressé à l'assuré, confirmant la hausse de son taux de travail de 50 à 100% dès le 1^{er} juillet 2019 ;
- deux extraits bancaires relatifs à des paiements de l'employeur en faveur de l'assuré, à hauteur de CHF 2'000.- chacun, avec les mentions « acompte salaire net juillet 2019 » pour l'un et « acompte salaire net août 2019 » pour l'autre ;
- les bulletins de salaire des mois de juillet et août 2019 faisant chacun état d'un salaire brut de CHF 5'416.67 (y compris 13^{ème} salaire de CHF 416.67), correspondant à CHF 4'515.95 une fois déduites les charges sociales (CHF 876.71) ainsi que les frais relatifs à quatre repas mensuels (CHF 24.-). Les deux fiches de salaire portaient une mention manuscrite indiquant respectivement « solde versé » et « solde selon décompte perçu », toutes deux datées et signées par l'assuré.

m. Le 28 mai 2020, toujours sur demande de l'assurance, l'employeur a confirmé que pour les salaires de juillet et août 2019, il avait procédé au versement de montants de CHF 2'000.- par la banque, et que le solde avait chaque fois été payé en cash, quelques jours plus tard moyennant signature de l'employé sur sa fiche de salaire.

n. Le 27 juillet 2020, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'assuré pour le 31 août 2020, du fait d'une restructuration.

o. Par courrier du 11 août 2020 adressé à l'employeur, l'assurance a indiqué qu'il n'avait pas été démontré à satisfaction de droit que l'assuré avait bien été engagé à 100% dès juin 2019 et qu'un salaire correspondant à un tel taux d'activité lui avait été payé. Partant, les prestations versées jusqu'alors l'avaient été sans droit et découlaient même d'une attitude qualifiable de frauduleuse. L'assurance renonçait à titre transactionnel à solliciter leur restitution, mais refusait de reprendre le versement d'indemnités supplémentaires.

p. Le 1^{er} septembre 2020, le conseil de l'assuré a contesté le courrier de l'assurance du 11 août 2020 et l'a mise en demeure de verser les indemnités dues depuis le 1^{er} mars 2019. En effet, au vu des documents fournis, tant la

modification du contrat de travail que le versement des salaires y relatifs étaient démontrés.

q. Par courrier du 14 septembre 2020, l'assurance a maintenu sa position exprimée le 11 août 2020.

B. a. Le 22 décembre 2020, l'assuré a déposé une requête de conciliation à l'encontre de l'assurance auprès du Tribunal civil d'arrondissement de La Côte.

b. Le 23 mars 2021, suite à la remise de l'autorisation de procéder, l'assuré a introduit sa demande auprès du Tribunal civil d'arrondissement de La Côte, concluant au paiement de CHF 26'503.36 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juin 2020 à titre d'indemnités journalières pour incapacité de travail due à des problèmes psychologiques.

c. Par jugement du 18 mars 2022, la présidente du Tribunal civil d'arrondissement de La Côte a prononcé l'irrecevabilité de la demande pour incompétence territoriale.

d. Le 30 mars 2022, le demandeur a déposé une requête de conciliation auprès du Tribunal de première instance civil de Genève (ci-après : le Tribunal civil) reprenant ses précédentes conclusions.

e. Le 20 juin 2022, la défenderesse a fait valoir l'incompétence de ce dernier.

f. Au terme d'une audience du 7 juillet 2022, le Tribunal civil a délivré une autorisation de procéder (C/6409/2022).

g. Le 4 octobre 2022, le demandeur a introduit la demande ayant fait l'objet de l'autorisation de procéder du 7 juillet 2022 auprès du Tribunal civil.

C. a. En parallèle, le demandeur a également déposé sa demande en paiement auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice le 12 juillet 2022, faisant valoir que l'autorisation de procéder du 7 juillet 2022 avait perpétué la litispendance, réputée créée au 25 mars 2021. La validité de l'autorisation de procéder rendue par le Tribunal de première instance n'importait pas, vu l'absence de conciliation préalable obligatoire par-devant l'autorité de céans.

b. La défenderesse a fait valoir dans sa réponse que la procédure introduite par la requête de conciliation du 30 mars 2022 était toujours pendante et que seule une demande déposée auprès du Tribunal civil aurait éventuellement permis de perpétuer la litispendance. Ce n'était que si l'irrecevabilité faute de compétence matérielle ou locale avait été constatée que la demande pouvait être réintroduite dans les conditions de l'art. 63 du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272). Cette disposition ne s'appliquait pas en cas d'autorisation de procéder invalide. Il fallait en conclure que la demande du 7 juillet 2022 auprès de la chambre des assurances sociales constituait une nouvelle demande pour laquelle l'art. 63 CPC n'était pas applicable.

L'écriture adressée le 7 juillet 2022 à la chambre des assurances sociales devait donc être considérée comme une nouvelle demande auprès d'une autorité tierce pour laquelle le demandeur ne pouvait se prévaloir de la litispendance éventuellement créée dans le prolongement de la décision du Tribunal d'arrondissement de La Côte du 18 mars 2022.

En l'absence de déclaration d'irrecevabilité pour cause d'incompétence des tribunaux genevois, le délai de prescription n'avait pas été fictivement interrompu.

c. Le 30 septembre 2022, le demandeur a demandé la suspension de la procédure, car il était dans l'attente d'un jugement d'irrecevabilité du Tribunal civil, qui serait produit dès notification, référence faite à la doctrine et à la jurisprudence citées dans le Commentaire romand CPC (n. 55 ad art. 59 p. 190).

d. Par arrêt du 3 novembre 2022 (ATAS/952/2022), la chambre de céans a suspendu l'instance jusqu'à droit connu dans la procédure pendante devant le Tribunal civil.

e. Par jugement du 8 novembre 2022 (JTPI/13184/2022), le Tribunal civil a déclaré irrecevable la requête introduite le 7 juillet 2022 par l'assuré.

f. Par courrier du 16 novembre 2022, la chambre de céans a informé les parties de la reprise de l'instance.

g. Par ordonnance du 2 mars 2023, les parties ont été convoquées à une audience de débats d'instruction et d'ouverture de débats principaux et ont été invitées à déposer d'éventuelles pièces nouvelles avant l'audience.

h. Les parties n'ont pas déposé de pièces nouvelles dans le délai imparti, la défenderesse sollicitant uniquement de pouvoir être représentée par son conseil lors de l'audience, vu qu'elle était domiciliée hors du canton de Genève, ce qui a été admis.

i. Lors de l'audience de débats d'instruction du 31 mai 2023, le demandeur a :

- demandé à pouvoir produire ses décisions de taxation fiscale 2019-2020 afin de démontrer qu'il avait bien déclaré aux impôts des revenus correspondant à son salaire à 100% ;
- renoncé aux témoins dont il avait sollicité l'audition dans le cadre de sa demande ainsi qu'à produire les comptes du restaurant ;
- indiqué être au bénéfice d'une rente entière AI entière depuis le 1^{er} juillet 2020. Il pensait que l'office de l'assurance-invalidité (ci-après : l'OAI) s'était fondé sur les rapports médicaux de son psychiatre traitant, le docteur F_____, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, ainsi que sur l'expertise commandée par AXA. Il ne pensait pas avoir fait l'objet d'une autre expertise. Il acceptait que la chambre des assurances sociales demande l'apport de la procédure AI.

La partie défenderesse a pour sa part :

- produit le projet de décision de l'OAI du 1^{er} juillet 2021 ainsi que la décision du 14 janvier 2022 octroyant la rente entière ;
- renoncé à l'apport de la procédure auprès du Tribunal d'arrondissement de La Côte, les allégués y relatifs étant admis par le demandeur.

Pour le surplus, les parties ont renoncé aux premières plaidoiries et se sont accordées sur le dépôt de plaidoiries finales écrites.

j. Dans la foulée, la chambre de céans a ouvert les débats principaux par la comparution personnelle des parties.

Le demandeur a indiqué avoir été approché par Monsieur G_____ et le propriétaire du restaurant, Monsieur H_____, afin de travailler avec eux pour le restaurant I_____ à Nyon à partir du mois de mars 2019. L'ouverture du restaurant a cependant été reportée à mai en raison des travaux de réfection de l'établissement. Le demandeur était administrateur de la société-mère, J_____ SA qui était propriétaire de B_____ Sàrl à Nyon qui exploitait le restaurant. Outre M. H_____, qui ne s'occupait pas du restaurant et M. G_____ qui n'y était pas très actif, il y avait encore un autre associé prénommé « K_____ ». C'est lui qui était principalement chargé de la gestion du restaurant, le demandeur devant pour sa part l'assister sur le plan administratif et des relations publiques. Suite à des problèmes importants, « K_____ » a été renvoyé à fin avril ou début mai 2019, soit avant même l'ouverture de l'établissement et le demandeur a ainsi dû s'occuper de tout, jusqu'à la sélection des employés. Alors qu'il avait été engagé initialement à 50%, le demandeur s'est retrouvé à travailler à plein temps, même davantage, sans qu'une discussion n'ait lieu concernant la rémunération. L'important pour lui était que le restaurant démarre bien, ce d'autant plus qu'il s'était engagé à titre privé en tant que détenteur de la patente.

Il pensait avoir touché son salaire de mai au début du mois de juin, sans se souvenir par quel biais. Tout le monde voulait que cela fonctionne, les principaux intéressés constituant une sorte de famille. Malheureusement, certains employés les avaient arnaqués, par exemple en doublant l'achat de marchandises et en touchant des commissions sur celles-ci ou encore en encaissant des prestations avant d'annuler les factures.

Ces événements avaient généré un gros stress et une charge nerveuse chez le demandeur qui n'avait pas l'habitude de travailler dans un mauvais climat. L'ambiance s'était dégradée très vite, dès mi-juin. Du personnel était parti et il avait fallu le remplacer. Entre le 15 et le 20 juin 2019, lorsqu'il était devenu évident que le demandeur devrait continuer à travailler à 100%, une augmentation de salaire avait été convenue tout d'abord par oral avec M. H_____, puis par un courrier signé par M. G_____. Durant la deuxième quinzaine de juin, le demandeur avait commencé à avoir des crises de pleurs. Son état s'est aggravé jusqu'au 4 juillet, date à laquelle il avait totalement pété les plombs. Il s'était

alors trouvé dans un état suicidaire qui a perduré plusieurs mois. Comme il avait un caractère fort et ne voulait pas se laisser aller, il avait repris le travail partiellement entre septembre et mi-décembre. Il n'était cependant pas en état de le faire et avait replongé à mi-décembre. À partir de janvier 2020, il avait consulté un psychiatre à quelques reprises et avait pris des antidépresseurs. En juin 2020, il avait été interné en clinique psychiatrique à Veyrier pendant une semaine. À sa sortie, il avait été suivi par le Dr F_____ de manière régulière, environ jusqu'en mars 2023. Au jour de son audition, le demandeur était toujours sous antidépresseurs. Il allait mieux depuis quelques mois et n'était plus suicidaire.

À une date dont il ne se souvenait pas exactement, il avait dû changer une prothèse à la hanche et au fémur, en raison d'une infection. Par la suite, probablement en juillet 2021, il s'était cassé le fémur. Il boitait depuis lors.

Il n'avait plus rien à voir avec le restaurant depuis 2020.

k. Le 1^{er} juin 2023, le demandeur a produit ses avis de taxation relatifs à 2019 et 2020.

l. Par ordonnance du 7 juin 2023, la chambre de céans a requis de l'OAI la production de l'intégralité du dossier AI de l'intéressé, lequel a été versé à la procédure le 15 juin 2023.

m. Par ordonnance de preuves du 12 juillet 2023, la chambre de céans a invité les parties à venir consulter le dossier AI et, à défaut de nouvelles offres de preuves ou de réquisition de nouveaux actes d'instruction, à procéder aux plaidoiries finales écrites d'ici au 31 août 2023.

n. Le 31 août 2023, les parties ont déposé leurs plaidoiries finales écrites, persistant dans leurs positions respectives.

o. Le 8 septembre 2023, le demandeur a déposé des précisions complémentaires suite aux plaidoiries de la défenderesse.

p. Sur ce, par courrier du 12 septembre 2023, la chambre de céans a informé les parties que les débats principaux étant clos, la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1.

1.1 Conformément à l'art. 7 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) et à l'art. 134 al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), 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).

La police d'assurance est soumise à la LCA, conformément à l'art. A9.1 des conditions générales d'assurance / Assurance de personnes Professionnal (CGA) de la défenderesse.

La compétence de la chambre de céans à raison de la matière pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

1.2 Selon l'art. 31 CPC, le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où la prestation caractéristique doit être exécutée est compétent pour statuer sur les actions découlant d'un contrat, étant précisé que l'art. 17 al. 1 CPC consacre la possibilité d'une élection de for écrite.

En l'occurrence, selon l'art. A9.2 des conditions générales d'assurances (CGA), les tribunaux suisses ordinaires sont compétents pour juger les litiges relevant du contrat d'assurance. La prestation caractéristique visant le versement d'indemnités journalières, il s'agit d'une dette portable qui doit être exécutée au lieu du domicile de l'ayant droit. Ce dernier était domicilié à Genève, la chambre de céans est également compétente à raison du lieu.

1.3 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/590/2021 du 9 juin 2021 consid. 2), étant précisé que le législateur genevois a fait usage de cette possibilité (art. 134 al. 1 let. c LOJ).

Pour le reste, la demande respecte les conditions formelles prescrites par les art. 130 et 244 CPC, ainsi que les autres conditions de recevabilité prévues par l'art. 59 CPC, de sorte qu'elle est recevable.

2. Sur le plan matériel, la LCA a fait l'objet d'une révision entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022 (modification du 19 juin 2020 ; RO 2020 4969 ; RO 2021 357).

En cas de changement de règles de droit, la législation applicable reste, en principe, celle qui était en vigueur lors de réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques, sous réserve de dispositions particulières de droit transitoire (ATF 136 V 24 consid. 4.3 et la référence).

Selon la disposition transitoire relative à cette modification, seules les prescriptions en matière de forme (let. a) et le droit de résiliation au sens des art. 35a et 35b (let. b) s'appliquent aux contrats qui ont été conclus avant l'entrée en vigueur de cette modification. S'agissant des autres dispositions de la LCA, elles s'appliquent uniquement aux nouveaux contrats (Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, FF 2017 4812).

En l'occurrence, le contrat d'assurance a été conclu avant le 1er janvier 2022 et l'objet du litige ne porte ni sur des prescriptions en matière de forme, ni sur le droit de résiliation au sens des art. 35a et 35b LCA. En outre, le litige porte sur le

point de savoir si le demandeur peut bénéficier d'indemnités journalières entre le 1^{er} mars et le 31 août 2020. Ainsi, les modifications de la LCA du 19 juin 2020, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2022 (RO 2020 4969 ; FF 2017 4767), ne sont pas applicables au présent litige de sorte que les dispositions de la LCA applicables seront citées dans leur ancienne teneur.

3. Comme indiqué, le litige porte sur le droit éventuel du demandeur à des indemnités journalières du 1^{er} mars au 31 août 2020, singulièrement sur la question de savoir si l'intéressé présentait une incapacité de travail de 100% pour cause de maladie durant cette période. Le cas échéant, il conviendra également de déterminer si dites indemnités doivent être octroyées sur la base d'un salaire à plein temps ou à 50%.

- 4.

4.1 À titre préalable, se pose la question, soulevée par la défenderesse, de la prescription de l'action du demandeur.

4.2 Le nouveau droit de la prescription est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2020. S'agissant du droit transitoire, le nouvel art. 49 du Titre final du CC a la teneur suivante: lorsque le nouveau droit prévoit des délais de prescription plus longs que l'ancien droit, le nouveau droit s'applique dès lors que la prescription n'est pas échue en vertu de l'ancien droit (al. 1). Lorsque le nouveau droit prévoit des délais de prescription plus courts que l'ancien droit, l'ancien droit s'applique (al. 2). L'entrée en vigueur du nouveau droit est sans effets sur le début des délais de prescription en cours, à moins que la loi n'en dispose autrement (al. 3). Au surplus, la prescription est régie par le nouveau droit dès son entrée en vigueur (al. 4).

Selon l'art. 46 al. 1 1^{ère} phrase LCA (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021), les créances qui dérivent du contrat d'assurance se prescrivent par deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation.

Selon l'art. 46 al. 3 LCA, introduit par le ch. I de la LF du 19 juin 2020, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2022 (RO 2020 4969), les créances qui découlent du contrat d'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie se prescrivent par deux ans à compter de la survenance du fait duquel naît l'obligation.

Selon la jurisprudence, le moment déterminant - le fait d'où naît l'obligation - est celui où sont réunis tous les éléments constitutifs fondant le devoir de prestation de l'assureur. Il ne s'agit donc pas nécessairement de la survenance du sinistre, même s'il s'agit de la cause première de l'obligation d'indemniser, une prétention ne pouvant être atteinte par la prescription que si elle a pris naissance. En outre, peu importe le moment où l'assuré en a eu connaissance, dès lors que le point de départ du délai de prescription est fixé de manière objective. Pour déterminer le « fait d'où naît l'obligation », soit le point de départ du délai de prescription, il faut donc analyser le contrat conclu par les parties pour en dégager tout d'abord le

risque assuré, puis les éléments constitutifs qui doivent être réunis pour que l'assureur ait l'obligation d'indemniser l'assuré en raison de ce risque (arrêt 4A_488/2017 du 9 octobre 2018 consid 4.1 et les références).

4.3 En l'espèce, le risque assuré est une incapacité de travail de 25% au moins donnant droit au versement d'indemnités journalières durant 730 jours, à l'issue d'un délai d'attente de 30 jours par année civile (cf. police d'assurance et art. E9.1 et E9.2 des CGA).

Il résulte des pièces au dossier, y compris de l'expertise du Dr E_____ et de la décision AI, que le demandeur a présenté une incapacité de travail supérieure à 25% de manière ininterrompue dès le 4 juillet 2019. Bien qu'il n'ait par ailleurs pas atteint la limite de 730 indemnités journalières, la défenderesse a mis un terme au versement des indemnités journalières au 29 février 2020, invoquant une prétention frauduleuse.

En définitive, le demandeur entendant faire valoir le paiement d'indemnités journalières pour l'incapacité de travail postérieure au 29 février 2020, le délai de prescription a couru dès le lendemain, soit le 1^{er} mars 2020.

Vu le délai de prescription de deux ans à compter de la survenance du fait duquel naît l'obligation, - prévu tant par l'ancien droit (art. 46 al. 1 aLCA) que par le nouveau (46 al. 3 LCA) -, ce délai venait à échéance le 1^{er} mars 2022.

4.4 Selon l'art. 135 ch. 2 CO, la prescription est interrompue lorsque le créancier fait valoir ses droits par des poursuites, par une requête de conciliation, par une action ou une exception devant un tribunal ou un tribunal arbitral ou par une intervention dans une faillite.

Cette liste des actes interruptifs du créancier est exhaustive (Pascal PICHONNAZ, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2021, n. 25 ad art. 135 CO). L'ouverture d'action au sens de l'art. 135 ch. 2 CO est une notion de droit fédéral ; elle se définit comme tout acte introductif ou préparatoire par lequel le créancier s'adresse pour la première fois au juge, dans les formes requises, afin d'obtenir la reconnaissance du droit qu'il invoque (ATF 118 II 487 consid. 3; ATF 114 II 336 consid. 3a; ATF 110 II 389 consid. 2a).

4.5 D'après l'art. 63 al. 1 CPC, si l'acte introductif d'instance retiré ou déclaré irrecevable pour cause d'incompétence est réintroduit dans le mois qui suit le retrait ou la déclaration d'irrecevabilité devant le tribunal ou l'autorité de conciliation compétent, l'instance est réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte.

L'art. 63 CPC a remplacé l'art. 139 aCO, qui s'appliquait par analogie aux délais de péremption (ATF 93 II 369/JdT 1968 I 162; 100 II 278 consid. 3; 109 III 49/JdT 1985 II 85, consid. 2c).

Pour bénéficier de l'effet rétroactif de la litispendance prévu par cette disposition en cas d'incompétence, le demandeur doit réintroduire l'écriture qui avait été

initialement déposée et ce, en original et en temps utile, auprès de l'autorité qu'il tient pour compétente (ATF 145 III 428 consid. 3.2; ATF 141 III 481 consid. 3.2.4 p. 487). Cela vaut aussi lorsque le premier acte introduit consiste en une requête de conciliation remise à une autorité de conciliation matériellement incompétente, en tout cas lorsque la requête en question satisfaisait aux exigences d'une demande (ATF 145 III 428 consid. 3.5). Il convient d'admettre que l'incompétence visée par l'art. 63 al. 1 CPC englobe également le cas où la demande est déclarée irrecevable en raison du fait que l'autorisation de procéder a été délivrée par une autorité de conciliation incompétente, l'abus de droit étant naturellement réservé (ATF 146 III 265 consid. 5.7.2).

Si une requête de conciliation a été déposée alors que la procédure de conciliation est exclue, le demandeur dispose d'un délai d'un mois pour réintroduire correctement sa demande, en vertu de l'art. 63 CPC (4A_39/2016 consid. 2 ; pour l'ancien droit, cf. ATF 89 II 304 consid. 6 p. 307 [action du droit civil] ; 130 III 515 consid. 5 p. 519 [action de la LP]).

Dans un arrêt du 14 octobre 2015, le Tribunal fédéral a considéré que l'effet rétroactif de la litispendance de l'art. 63 CPC pouvait se produire plusieurs fois de suite, les cas d'abus de droit étant réservés (ATF 141 III 481 consid. 3).

4.6 En l'espèce, le dépôt par l'assuré de sa requête en conciliation du 22 décembre 2020 auprès du Tribunal civil d'arrondissement de La Côte et celui auprès du Tribunal civil de Genève le 30 mars 2022 n'ont pas interrompu la prescription dans la mesure où il y a été procédé par-devant des juridictions incompétentes à raison du lieu ou de la matière. En revanche, dans la mesure où dans les deux cas de figure, l'intéressé a déposé contre la défenderesse une requête aux conclusions identiques, dans le mois ayant suivi la notification des jugements d'irrecevabilité rendus successivement par les tribunaux civils de La Côte et de Genève, l'instance est réputée créée à la date du premier dépôt en conciliation, soit le 22 décembre 2020 (art. 63 al. 1 CPC). Contrairement à ce qu'allègue la défenderesse, le fait que ces requêtes aient été déposées en conciliation alors qu'une telle conciliation n'était pas requise et qu'elles aient donné lieu à des autorisations de procéder invalides n'empêche pas l'application de l'art. 63 al. 1 CPC.

La prescription n'est ainsi pas atteinte.

5.

5.1 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). En outre, la maxime inquisitoire sociale est applicable (art. 247 CPC al. 2 let. a CPC ; ATF 141 III 569 consid. 2.3.1).

La jurisprudence applicable avant l'introduction du CPC, prévoyant l'application de la maxime inquisitoire sociale aux litiges relevant de l'assurance-maladie complémentaire, reste pleinement valable (ATF 127 III 421 consid. 2). Selon cette maxime, le juge doit établir d'office les faits, mais les parties sont tenues de lui

présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Ce principe n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. Le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces ; il est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuves sont complètes uniquement lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner leurs moyens de preuve et de les présenter. La maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaisir l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a).

La maxime inquisitoire sociale vise à protéger le cocontractant faible, à garantir l'égalité entre parties et à favoriser le déroulement rapide de la procédure. Les parties restent tenues de soumettre au tribunal la trame factuelle sur laquelle portera son jugement. Le juge, en particulier lorsqu'il est confronté à des parties représentées par des avocats, n'a pas à investiguer dans les pièces pour tenter d'y trouver un argument favorable à celle qui les a produites. En présence de personnes assistées, il doit bien plutôt faire preuve de retenue, à l'instar de ce qui prévaut dans un procès ordinaire (ATF 141 III 569 consid. 2.3.1). La portée de la maxime inquisitoire sociale s'apprécie aussi en considération du principe de disposition ancré à l'art. 58 al. 1 CPC, véritable prolongement procédural de l'autonomie privée gouvernant le droit civil. Ce dernier précepte implique en particulier que le juge intervient à la seule initiative des parties, auxquelles il échoit de définir le cadre du procès et de déterminer dans quelle mesure elles veulent faire valoir les moyens et prétentions qui leur appartiennent (arrêt du Tribunal fédéral 4A_563/2019 du 14 juillet 2020 consid. 4.2 et les références, [consid. non publié aux ATF 146 III 339]).

5.2 Lorsque la maxime inquisitoire sociale trouve application, le juge n'est en revanche pas lié par les allégations et les offres de preuve des parties (ATF 142 III 402 consid. 2.1 ; ATF 139 III 457 consid. 4.4.3.2). Des allégués et offres de preuve peuvent être produits par les parties jusqu'aux délibérations en application de l'art. 229 al. 3 CPC (ATF 142 III 402 consid. 2.1).

5.3 La maxime inquisitoire sociale ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve (arrêt du Tribunal fédéral 4C.185/2003 du 14 octobre 2003 consid. 2.1). Pour toutes les prétentions fondées sur le droit civil fédéral, l'art. 8 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (CC; RS 210), en l'absence de règles contraires, répartit le fardeau de la preuve et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 133 III 323 consid. 4.1 non publié; ATF 130 III 321 consid. 3.1; ATF 129 III 18 consid. 2.6; ATF 127 III 519 consid. 2a). Cette disposition ne prescrit cependant pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées (cf. ATF 122 III 219 consid. 3c; ATF 119 III 60 consid. 2c). Elle n'empêche pas le juge de refuser une

mesure probatoire par une appréciation anticipée des preuves (ATF 121 V 150 consid. 5a). L'art. 8 CC ne dicte pas comment le juge peut forger sa conviction (ATF 122 III 219 consid. 3c; ATF 119 III 60 consid. 2c; ATF 118 II 142 consid. 3a). En tant que règle sur le fardeau de la preuve, il ne s'applique que si le juge, à l'issue de l'appréciation des preuves, ne parvient pas à se forger une conviction dans un sens positif ou négatif (ATF 132 III 626 consid. 3.4 et ATF 128 III 271 consid. 2b/aa). Ainsi, lorsque l'appréciation des preuves le convainc de la réalité ou de l'inexistence d'un fait, la question de la répartition du fardeau de la preuve ne se pose plus (ATF 128 III 271 consid. 2b/aa).

5.3.1 En l'espèce, les parties, représentées par des professionnels du droit, n'ayant pas requis de mesures d'instruction particulières, la cause doit donc être tranchée sur la base des allégués et pièces produits à la procédure jusqu'aux délibérations, sans que la chambre de céans ne soit strictement liée par les déterminations des parties ou la formulation précise des allégations.

6.

6.1 En vertu de l'art. 8 du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210), chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. En tant que règle sur le fardeau de la preuve, cette disposition ne s'applique que si le juge, à l'issue de l'appréciation des preuves, ne parvient pas à se forger une conviction dans un sens positif ou négatif (ATF 132 III 626 consid. 3.4 et ATF 128 III 271 consid. 2b/aa). Autrement dit, l'article 8 CC ne règle pas *stricto sensu* la question de savoir qui doit prouver un fait mais bien plutôt quelle partie porte la conséquence de l'absence de preuve quant à un fait particulier (ATF 143 III 1 consid. 4.1 ; ATF 141 III 241 consid. 3 ; ATF 127 III 519 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_555/2019 du 28 août 2020 consid. 4.2). La maxime inquisitoire sociale ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve (arrêt du Tribunal fédéral 4C.140/2006 du 14 août 2006 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.185/2003 du 14 octobre 2003 consid. 2.1 ; ATAS/1177/2021 du 15 novembre 2021 consid. 10.1.1). En conséquence, la partie qui fait valoir un droit doit prouver les faits fondant ce dernier, tandis que le fardeau de la preuve relatif aux faits supprimant le droit, respectivement l'empêchant, incombe à la partie, qui affirme la perte du droit ou qui conteste son existence ou son étendue. Cette règle de base peut être remplacée par des dispositions légales de fardeau de la preuve divergentes et doit être concrétisée dans des cas particuliers (ATF 128 III 271 consid. 2a/aa avec références). Ces principes sont également applicables dans le domaine du contrat d'assurance (ATF 130 III 321 consid. 3.1 ; ATAS/1220/2021 du 30 novembre 2021 consid. 7.2 ; ATAS/1222/2021 du 29 novembre 2021 consid. 12.2).

En principe, un fait est tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la vérité d'une allégation. La loi, la doctrine et la jurisprudence ont apporté des exceptions à cette règle d'appréciation des preuves. L'allègement de la preuve est alors justifié par un « état de nécessité en matière de preuve » (*Beweisnot*), qui se

rencontre lorsque, par la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée, en particulier si les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices (ATF 132 III 715 consid. 3.1; ATF 130 III 321 consid. 3.2). Tel peut être le cas de la survenance d'un sinistre en matière d'assurance-vol (ATF 130 III 321 consid. 3.2) ou de l'existence d'un lien de causalité naturelle, respectivement hypothétique (ATF 132 III 715 consid. 3.2). Le degré de preuve requis se limite alors à la vraisemblance prépondérante (*die überwiegende Wahrscheinlichkeit*), qui est soumise à des exigences plus élevées que la simple vraisemblance (*die Glaubhaftmachung*). La vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ou hypothèses envisageables ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 133 III 81 consid. 4.2.2; ATF 132 III 715 consid. 3.1; ATF 130 III 321 consid. 3.3).

6.2 En vertu de l'art. 8 CC, la partie qui n'a pas la charge de la preuve a le droit d'apporter une contre-preuve. Elle cherchera ainsi à démontrer des circonstances propres à faire naître chez le juge des doutes sérieux sur l'exactitude des allégations formant l'objet de la preuve principale. Pour que la contre-preuve aboutisse, il suffit que la preuve principale soit ébranlée, de sorte que les allégations principales n'apparaissent plus comme les plus vraisemblables (ATF 130 III 321 consid. 3.4). Le juge doit procéder à une appréciation d'ensemble des éléments qui lui sont apportés et dire s'il retient qu'une vraisemblance prépondérante a été établie (ATF 130 III 321 consid. 3.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A_61/2011 du 26 avril 2011 consid. 2.1.1).

6.3 En ce qui concerne la survenance d'un sinistre assuré, le degré de preuve nécessaire est en principe abaissé à la vraisemblance prépondérante (en lieu et place de la règle générale de la preuve stricte ; ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3). Le défendeur conserve toutefois la possibilité d'apporter des contre-preuves ; il cherchera ainsi à démontrer des circonstances propres à faire naître chez le juge des doutes sérieux sur l'exactitude des allégations formant l'objet de la preuve principale (ATF 130 III 321 consid. 3.4). Cependant, dans un arrêt du 31 août 2021, le Tribunal fédéral a modifié la jurisprudence précitée, en ce sens que l'existence d'un cas d'assurance constitué par une incapacité de travail est désormais soumise au degré de preuve de la preuve stricte (ATF 148 III 105 consid. 3.3.1 *in fine*). Par conséquent, la preuve est apportée lorsque le tribunal, en se fondant sur des éléments objectifs, est convaincu de l'exactitude d'une allégation de fait. Il suffit qu'il n'y ait plus de doutes sérieux quant à l'existence du fait allégué ou que les doutes qui subsistent éventuellement paraissent légers (ATF 148 III 105 consid. 3.3.1).

Cette précision de jurisprudence concerne le droit matériel et est donc directement applicable (ATF 146 I 105 consid. 5.2.1 ; 140 IV 154 consid. 5.2.1), y compris au présent litige.

7.

7.1 Aux termes de l'art. 168 al. 1 CPC, les moyens de preuve sont le témoignage (let. a) ; les titres (let. b) ; l'inspection (let. c) ; l'expertise (let. d) ; les renseignements écrits (let. e) ; l'interrogatoire et la déposition de partie (let. f).

7.2 Le principe de la libre appréciation des preuves s'applique lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des prestations en matière d'assurance sociale. Rien ne justifie de ne pas s'y référer également lorsqu'une prétention découlant d'une assurance complémentaire à l'assurance sociale est en jeu (arrêt du Tribunal fédéral 4A_5/2011 du 24 mars 2011 consid. 4.2).

Le principe de la libre appréciation des preuves signifie que le juge apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Dès lors, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de statuer sur le droit litigieux (arrêt du Tribunal fédéral 4A_253/2007 du 13 novembre 2007 consid. 4.2).

7.2.1 En cas de rapports médicaux contradictoires, le juge ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. L'élément déterminant pour la valeur probante d'un rapport médical n'est ni son origine, ni sa désignation, mais son contenu. À cet égard, il convient que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description des interférences médicales soit claire et enfin que les conclusions de l'expert soient bien motivées (ATF 134 V 231 consid. 5.1 ; ATF 133 V 450 consid. 11.1.3 ; ATF 125 V 351 consid. 3).

7.2.2 Concernant plus particulièrement l'appréciation du résultat d'une expertise, le juge n'est en principe pas lié par le rapport de l'expert, qu'il doit apprécier en tenant compte de l'ensemble des autres preuves administrées. S'il entend s'en écarter, il doit motiver sa décision et ne saurait, sans motifs déterminants, substituer son appréciation à celle de l'expert, sous peine de verser dans l'arbitraire (ATF 129 I 49 consid. 4). De tels motifs déterminants existent notamment lorsque l'expertise contient des contradictions, lorsqu'une détermination ultérieure de son auteur vient la démentir sur des points importants, lorsqu'elle contient des constatations factuelles erronées ou des lacunes, voire lorsqu'elle se fonde sur des pièces dont le juge apprécie autrement la valeur probante ou la portée

(ATF 110 Ib 52 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4D_8/2008 du 31 mars 2008 consid. 3.2.1).

7.2.3 L'expertise en tant que moyen de preuve admis au sens de l'art. 168 al. 1 let. d CPC ne vise que l'expertise judiciaire au sens de l'art 183 al. 1 CPC. Une expertise privée n'est en revanche pas un moyen de preuve mais une simple allégation de partie (ATF 141 III 433 consid. 2.5.2 et 2.5.3). Lorsqu'une allégation de partie est contestée de manière circonstanciée par la partie adverse, une expertise privée ne suffit pas à prouver une telle allégation. En tant qu'allégation de partie, une expertise privée peut, combinée à des indices dont l'existence est démontrée par des moyens de preuve, amener une preuve. Toutefois, si elle n'est pas corroborée par des indices, elle ne peut être considérée comme prouvée en tant qu'allégation contestée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_626/2015 du 24 mai 2016 consid. 2.5). Les déclarations orales d'un expert privé entendu comme témoin ne sauraient conférer une valeur de preuve aux allégations contenues dans son rapport (arrêt du Tribunal fédéral 5D_59/2018 du 31 août 2018 consid. 4.2.3 et les références).

7.2.4 En ce qui concerne les rapports des médecins de l'assuré, le juge doit avoir égard au fait que la relation de confiance unissant un patient à son médecin traitant peut influencer l'objectivité ou l'impartialité de celui-ci ; cela ne justifie cependant pas en soi d'évincer tous les avis émanant des médecins traitants. Il faut effectuer une appréciation globale de la valeur probante du rapport du médecin traitant au regard des autres pièces médicales (ATF 125 V 351 consid. 3b/cc ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_12/2012 du 20 juillet 2021 consid. 7.1).

- 8.** En l'espèce, les parties ayant centré l'essentiel de leurs écritures sur la problématique du taux d'activité contractuel du demandeur, elles ont peu développé leurs allégués relatifs à l'évolution de la capacité de travail.

Le demandeur allègue que sa capacité de travail était nulle du 4 juillet au 20 octobre 2019, de 30% du 21 octobre au 17 novembre 2019, de 50% du 18 novembre au 31 décembre 2019 et à nouveau nulle dès le 1^{er} janvier 2020. Ces taux correspondent à ceux attestés par ses psychiatres traitants (pièce 6, 120, 129, 130 et 132) et retenus par l'OAI dans le cadre de l'examen du droit à la rente.

De fait, si cette évolution de la capacité de travail semble formellement contestée par la défenderesse dans son mémoire réponse, celle-ci n'explique aucunement sa position. Elle se contente ainsi d'indiquer qu'un psychiatre de son service médical à qui elle avait soumis le dossier de l'intéressé avait indiqué, le 8 novembre 2019, que l'évolution naturelle de la pathologie devait conduire à une capacité de travail complète dès le 1^{er} février 2020 (pièce 130) et que l'expertise privée qu'elle avait confiée au Dr E_____, concluait en date du 23 mars 2020, sur la base d'un pronostic « prudemment optimiste », qu'une capacité de travail de 40% serait récupérée à partir de mi-juin 2020, puis 70% dès la mi-juillet et enfin 100% dès la

mi-août 2020 (pièce 131). Il n'existerait, toujours selon la défenderesse, pas d'avis médical divergent.

Force est pourtant de constater que l'expertise privée du Dr E_____, établie alors que la défenderesse avait déjà interrompu le versement des indemnités journalières, confirme entièrement les allégués du demandeur relatifs à sa capacité de travail, vu qu'elle la considère également nulle au jour de l'expertise. Le fait que l'expert privé pose un pronostic qu'il qualifie de « prudemment optimiste » de reprise partielle à une échéance de près de trois mois ne remet pas en doute l'appréciation des psychiatres du demandeur. C'est d'autant moins le cas que, pour le surplus, l'expert privé partage les appréciations de ces derniers jusqu'au jour de l'expertise.

Au vu de ces éléments, il ne saurait être déduit quoi que ce soit d'un tel pronostic, à moyen terme. C'est d'autant moins le cas qu'il n'a jamais donné lieu par la suite à une réévaluation de la situation médicale afin de vérifier sa concrétisation, contrairement à ce qui est préconisé par les lignes directrices de qualité des expertises de psychiatrie d'assurance éditées par la Société suisse de psychiatrie et psychothérapie (3ème édition, 16 juin 2016).

La chambre de céans considère ainsi que l'incapacité de travail totale du demandeur durant la période litigieuse, soit du 1^{er} mars au 31 août 2020, est établie au degré de la preuve stricte sur la base des éléments précités. Si comme la défenderesse l'allègue, « il n'existe pas d'élément médical divergent » à l'expertise privée du Dr E_____, celle-ci ne remet nullement en cause l'incapacité de travail totale attestée par les psychiatres traitants et retenue par l'OAI, mais au contraire la confirme.

9.

9.1 Reste à examiner l'argument principal soulevé par la défenderesse afin de justifier le non versement des indemnités journalières au demandeur au-delà du 28 février 2020, à savoir l'absence de dommage. En effet, elle soutient, en substance, qu'il « n'existe pas d'élément probant permettant de conclure à un engagement à temps plein du demandeur quatre jours seulement avant le début de son incapacité complète de travail, respectivement au versement d'un salaire en lien avec un tel taux d'activité professionnelle » et que les « éléments récoltés dans le cadre de l'instruction sont évocateurs d'une tentative visant à obtenir des prétentions frauduleuses ».

Il est établi et non contesté que le demandeur a initialement été engagé à 50% à partir du 1^{er} mars 2019 sur la base du contrat de travail signé le 2 février 2019 (pièce 1). Sa prise d'emploi à 50% a finalement été reportée au 6 mai 2019 par l'employeur en raison des travaux de rénovation en cours dans le restaurant (pièce 2). À teneur d'un courrier du 20 juin 2019 signé par M. G_____ (directeur de l'employeur), il était confirmé que, comme discuté quelques jours auparavant, le contrat de travail du demandeur était modifié comme suit : passage à plein

temps dès le 1^{er} juillet 2019 en contrepartie d'un salaire de CHF 5'000.- versé treize fois l'an (pièce 3).

C'est la réalité de cette modification de contrat que la défenderesse remet en cause, essentiellement du fait qu'elle considère suspect, d'une part que le demandeur se soit retrouvé en arrêt de travail complet et durable quatre jours seulement après la date alléguée d'augmentation du taux de travail et d'autre part qu'il n'existerait pas de preuves de paiement de cette augmentation par l'employeur.

9.2 La chambre de céans rappelle tout d'abord que tant la conclusion du contrat de travail que sa modification ne sont soumises à aucune forme spéciale. Formellement, le courrier du 20 juin 2019, dont le contenu est par ailleurs dénué de toute ambiguïté, est parfaitement valable. La raison de l'augmentation du taux d'activité est en outre expliquée de manière concordante, crédible et constante tant par l'employeur que le demandeur, qui ont indiqué à réitérées reprises que cette modification a fait suite au départ de l'un des associés de l'employeur, spécialement en charge de la gestion du restaurant.

Quoi qu'en dise la défenderesse, les fiches de salaire (annexes à la pièce 114), reflètent bien l'augmentation du taux d'activité et font état, à partir de juillet 2019, d'un salaire mensuel brut de CHF 5'000.-. Il appert également que l'employeur a déduit des charges sociales sur l'entier de cette somme, ce que la défenderesse ne semble pas contester.

S'il est exact que les traces bancaires font uniquement état de paiements partiels des salaires dus pour les mois de juillet, août et septembre, il n'en demeure pas moins que les fiches de salaire précisent que le solde dû pour chacune de ces périodes a été payé en cash, contre signature, quelques jours ou semaines plus tard. Les fiches de salaire des mois concernés, envoyées directement par l'employeur à la défenderesse (et que le demandeur ne peut donc avoir modifiées), portent ainsi systématiquement une mention indiquant à quelle date le solde a été versé et la signature du bénéficiaire. En outre, il ressort des avis de taxation produits que le demandeur a déclaré des salaires correspondant à un 100% dès juillet 2019.

Contrairement à ce que semble soutenir la défenderesse, ce procédé n'apparaît pas suspect, ce d'autant moins dans le secteur de la restauration et au vu des problèmes de liquidités du restaurant tels que rappelés par le demandeur notamment lors de sa comparution personnelle. Dans ces circonstances, il n'est pas surprenant qu'une partie du salaire puisse être payée en cash et en retard par l'employeur contre signature. Il est en particulier inexact de considérer que seul la preuve d'un virement bancaire permettrait de démontrer la réalité d'un paiement. Un reçu signé par le travailleur figurant sur une fiche de salaire émise par l'employeur peut également constituer une telle preuve.

La défenderesse se contente d'ailleurs d'indiquer que ces fiches de salaire auraient été établies pour les besoins de la cause, sans pour autant circonscire son argument. Elle n'a pas déposé de plainte pénale. Elle a même renoncé à solliciter la restitution des prestations qu'elle allègue avoir versées sur la base de faits qui, fussent-ils avérés, s'apparenteraient à une fraude. Elle n'a par ailleurs sollicité aucune mesure d'instruction permettant de remettre en doute l'authenticité des documents produits, soit notamment la lettre de modification du contrat de travail et/ou les fiches de salaire.

Enfin, sans que cela ne soit décisif, il sied de relever que l'OAI a retenu au terme de son instruction que le taux d'activité du demandeur au début de l'incapacité était bien de 100%.

Dans ces circonstances, la chambre de céans considère qu'il n'y a aucune raison de remettre en question le taux d'occupation de 100% tel qu'il ressort du courrier du 20 juin 2019 et des fiches de salaire subséquentes.

9.3 Au vu de ce qui précède, il est établi au degré de la preuve stricte que le demandeur était en incapacité de travail à 100% entre le 1^{er} mars et le 31 août 2020. Dans la mesure où il était engagé à temps complet par son employeur durant cette période et où il n'avait pas épuisé l'intégralité de son droit à 730 indemnités journalières sa demande doit être admise. La défenderesse devra ainsi lui verser la somme de CHF 26'503.35, correspondant à 184 indemnités de CHF 144.04.

9.4 Le demandeur conclut également au versement d'intérêts sur ce montant à hauteur de 5% l'an dès le 1^{er} juin 2020, valeur médiane.

9.4.1 L'art. 41 al. 1 LCA dispose que la créance qui résulte du contrat est échue quatre semaines après le moment où l'assureur a reçu les renseignements de nature à lui permettre de se convaincre du bien-fondé de la prétention. Les « renseignements » au sens de l'art. 41 LCA visent des questions de fait, qui doivent permettre à l'assureur de se convaincre du bien-fondé de la prétention de l'assuré (cf. l'intitulé de l'art. 39 LCA). Ils correspondent aux devoirs de déclaration et de renseignement institués par les art. 38 et 39 LCA (cf. ATF 129 III 510 consid. 3 p. 512 ; arrêts du Tribunal fédéral 4A_58/2019 du 13 janvier 2020 consid. 4.1 ; 4A_489/2017 du 26 mars 2018 consid. 4.3 ; 4A_122/2014 du 16 décembre 2014 consid. 3.5 ; BREHM, Le contrat d'assurance RC, 1997, nos 512 et 515 s.). Le délai de délibération de quatre semaines laissé à l'assureur ne court pas tant que l'ayant droit n'a pas suffisamment fondé sa prétention ; tel est par exemple le cas lorsque, dans l'assurance contre les accidents, l'état de santé véritable de l'ayant droit n'est pas éclairci parce que ce dernier empêche le travail des médecins (arrêt du Tribunal fédéral 4A_307/2008 du 27 novembre 2008 consid. 6.3.1 ; Jürg NEF, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n° 15 ad art. 41 LCA).

Le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO en lien avec l'art. 100 al. 1 LCA). L'intérêt moratoire de 5% l'an (art. 104 al. 1 CO) est dû à partir du jour suivant celui où le débiteur a reçu l'interpellation, ou, en cas d'ouverture d'une action en justice, 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). Toutefois, lorsque l'assureur refuse définitivement, à tort, d'allouer des prestations, on admet, par analogie avec l'art. 108 ch. 1 CO, qu'une interpellation n'est pas nécessaire ; l'exigibilité et la demeure sont alors immédiatement réalisées (arrêts du Tribunal fédéral 4A_16/2017 du 8 mai 2017 consid. 3.1 ; 4A_122/2014 précité, consid. 3.5 ; 4A_206/2007 du 29 octobre 2007 consid. 6.3 ; 5C.18/2006 du 18 octobre 2006 consid. 6.1 in fine ; cf. NEF, op. cit., n° 20 in fine ad art. 41 LCA, et GROLIMUND/VILLARD, in Basler Kommentar, Nachführungsband 2012, n° 20 ad art. 41 LCA). Un débiteur peut valablement être interpellé avant même l'exigibilité de la créance (ATF 103 II 102 consid. 1a ; Rolf WEBER, Berner Kommentar, 2000, n. 102 ad art. 102 CO). La demeure ne déploie toutefois ses effets qu'avec l'exigibilité de la créance (cf. ATAS/1176/2019 du 18 décembre 2019).

9.4.2 En l'espèce, les CGA ne prévoient aucun terme pour l'exigibilité des prestations qui y sont stipulées. Par ailleurs, comme vu précédemment, la défenderesse a refusé de verser ses prestations au-delà du 29 février 2020 et instruit le cas essentiellement sous l'angle de la prétention frauduleuse, n'estimant plus nécessaire d'instruire le volet médical. Au plus tard à réception des courriers du demandeur (pièce 113) et de son employeur (pièce 114), tous deux datés du 25 mai 2020 et reçus au plus tard le 27 mai 2020 (pièce 115), la défenderesse disposait de tous les éléments démontrant le droit aux prestations. Vu qu'elle a persisté à tort de verser dites prestations au-delà de cette date, les prestations contractuelles étaient échues quatre semaines plus tard, soit au 24 juin 2020, date à laquelle elles sont également devenues exigibles, sans mise en demeure.

Les intérêts sont ainsi dus à partir du 24 juin 2020.

- 10.** 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).

Le demandeur, représenté par un conseil, obtenant gain de cause, la défenderesse est condamnée à lui verser une indemnité de CHF 4'500.- à titre de dépens, TVA et débours inclus (art. 106 al. 1 CPC; art. 20 à 26 de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 [LaCC - E 1 05] ; art. 84 et 85 du RTFMC).

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

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

À la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Condamne la défenderesse à verser au demandeur la somme de CHF 26'503.35 avec intérêts à 5% l'an dès le 24 juin 2020.
4. Alloue au demandeur une indemnité de CHF 4'500.- à titre de dépens, TVA et débours inclus, à charge de la défenderesse.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile (Tribunal fédéral suisse, avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14), sans égard à sa valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b LTF). Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoqués comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Isabelle CASTILLO

Catherine TAPPONNIER

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