RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3303/2019 **ATAS/590/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 9 juin 2021

4ème Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée _____, à BERNEX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Martin AHLSTROM	demanderesse

contre

AXA ASSURANCES SA, sise General Guisan-Strasse 40, WINTERTHUR, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Michel BERGMANN	défenderesse

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Dana DORDEA et Christine LUZZATTO, Juges assesseures

EN FAIT

A. a. Madame A_____ (ci-après : l'assurée ou la demanderesse) est née au Kosovo le _____ 1988, mariée à Monsieur B_____, avec lequel elle a eu trois enfants, nés les _____ 2012, _____ 2015 et _____ 2017, et au bénéfice d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur B dès le 14 novembre 2019.

b. Depuis le 13 mars 2012, M. B_____ a été associé de C_____ SARL (ci-après : la société C_____), société créée en 2012 et active dans le domaine du montage d'échafaudages. Monsieur D_____en a été associé gérant du 8 mars 2012 au 6 août 2013 et Madame E_____en a été gérante dès le 6 août 2013. Dès le 7 mai 2014, Monsieur F_____en est devenu directeur.

Le 30 juin 2015, la société C_____ a continué son activité sous le nom G_____SARL (ci-après : G_____). En 2016, cette société a été placée en liquidation. Mme E_____, dorénavant Mme H_____, en a été gérante liquidatrice dès le 20 décembre 2017. G_____ a été dissoute par jugement de faillite du Tribunal de première instance (ci-après : TPI) le 13 avril 2016, puis la Cour de justice a annulé le jugement de faillite rendu le 13 avril 2016. Le TPI a prononcé à nouveau la faillite de la société le 12 mars 2018 avec effet dès la même date. La procédure de faillite a été suspendue faute d'actif par jugement du TPI du 12 juillet 2018 et la société a été radiée d'office le 29 octobre 2018.

Dès le 9 mai 2016, M. B_____ a continué la même activité que précédemment avec la société I_____SA (ci-après : la société I_____). Ont été administrateurs de cette société Monsieur J_____du 9 mai 2016 au 29 septembre 2016, Monsieur K_____du 29 septembre au 8 décembre 2017 et M. B_____ dès le 8 décembre 2017. M. F_____en a été le directeur du 9 mai 2016 au 8 décembre 2017.

c. Le 17 mai 2016, la société I_____ a conclu avec AXA WINTERTHUR (ci-après : AXA ou la défenderesse) un contrat d'assurance de personnes (assurance-accidents à titre complémentaire et assurance d'indemnité journalière en cas de maladie).

d. L'assurée a signé un contrat de travail daté du 1er novembre 2016 avec la société I_____, aux termes duquel elle était engagée comme gestionnaire administrative pour un salaire de CHF 5'000.- (x 13) à plein temps (42 heures par semaine en moyenne) depuis le 6 novembre 2016. Elle a été dès lors assurée auprès d'AXA pour l'indemnité journalière en cas de maladie.

B. a. Le 6 avril 2017, la société I_____ a annoncé à AXA que l'assurée était en incapacité travail à 100% depuis le 16 mars 2017 pour des troubles en lien avec sa grossesse.

b. Le 24 mai 2017, la doctoresse L_____, médecine générale FMH, a indiqué avoir donné un premier traitement à l'assurée le 16 mars 2017 et a posé les

diagnostics d'hémorroïdes depuis plusieurs années, actuellement en recrudescence, et de lombosciatalgie gauche apparue en mars 2017.

c. Le 21 juin 2017, l'office cantonal des assurances sociales (ci-après : l'OCAS) a transmis à AXA un extrait de compte de l'assurée, dont il ressort qu'elle a cotisé un mois en 2014 (société C_____), douze mois en 2015 (G_____) et pas en 2016 ni en 2017.

d. Au cours du mois de juillet 2017, AXA a notamment reçu de l'assurée :

- un formulaire « description de l'activité - profil du poste », daté du 4 juillet 2017, mentionnant que l'assurée avait les tâches de responsable de la gestion administrative, soit un travail assis, avec port de charges jusqu'à 5 kg et des horaires journaliers fixes.
- Les bulletins de salaire de l'assurée de novembre 2016 à juin 2017, faisant état d'un salaire mensuel de CHF 5'000.-, auquel venaient s'ajouter des indemnités pour jours fériés et pour les vacances ainsi que le 13ème salaire versé au prorata.
- Une attestation signée le 30 juin 2017 par M. K_____et l'assurée, selon laquelle cette dernière avait reçu en mains propres CHF 29'007.- correspondant à son salaire du 1er janvier au 30 juin 2017.

e. Lors d'un entretien entre les parties du 17 août 2017, l'assurée a indiqué qu'elle s'occupait du planning des ouvriers, de vérifier les factures et de répondre au téléphone, mais pas de devis, ni appels d'offres, ni paiements. C'était son patron qui écrivait les courriers et qui corrigeait des fautes quand elle le faisait parfois. Elle n'avait pas de formation. Elle avait commencé une formation en informatique qu'elle n'avait pas terminée, car elle était venue habiter en Suisse. Elle a confirmé avoir travaillé un mois auprès de la société C_____ et douze mois auprès de G_____ et précisé qu'elle n'avait pas cessé son activité auprès de cette dernière en décembre 2015, comme indiqué sur son relevé AVS, mais continué à travailler au noir pendant dix mois (soit jusqu'en octobre 2016) pour cette société. Elle était rentrée au Kosovo du 11 au 31 juillet 2017. Concernant ses deux autres grossesses, elle n'avait jamais eu le moindre problème et avait pu travailler jusqu'à la fin de celles-ci. Par le passé, elle n'avait jamais fait l'objet d'arrêt maladie pour ses problèmes d'hémorroïdes et de lombosciatalgies. Elle contestait les doutes d'AXA sur le fait qu'elle avait réellement travaillé pour l'employeur à 100%.

f. Le 18 août 2017, Mme H_____ a indiqué à AXA que l'assurée n'avait jamais travaillé pour la société C_____. Elle ne l'avait jamais vue au bureau et pensait que l'assurée avait été engagée, car elle était enceinte, pour toucher de l'argent.

g. AXA a demandé à Helvetia assurances SA (ci-après : Helvetia), précédente assurance perte de gain maladie de l'assurée, si celle-ci avait perçu des prestations perte de gain, et dans l'affirmative, pour quelle durée, raison et montant.

h. Helvetia a répondu le 29 août 2017 que l'assurée avait fait valoir des prestations en indemnités journalières suite à une grossesse difficile en 2015, selon certificat

médical de la Dresse L_____ attestant d'une incapacité travail du 1er juin 2015 au 1er février 2015 (sic). Helvetia n'avait pas toutefois versé de prestations en raison du fait que les primes n'avaient pas été versées.

i. Le 31 août 2017, l'OCAS a informé AXA que l'assurée avait bénéficié d'un congé maternité du 30 octobre 2015 au 18 février 2016.

j. Le 11 septembre 2017, M. K_____a indiqué à AXA que l'assurée avait été engagée pour s'occuper de l'administratif de la société I_____ et qu'elle gérait l'aspect comptable. Son salaire était très élevé pour la tâche qu'elle occupait et ne se justifiait pas vraiment. L'assurée était limitée par la langue, l'absence de qualification et de diplôme dans le domaine et ne pouvait prétendre à un tel revenu. M. B_____ avait demandé son engagement et cela avait été fait selon ses souhaits. M. K_____ne savait pas si l'assurée avait du travail pour s'occuper 42 heures par semaine. Il avait toutefois le sentiment qu'elle travaillait bien pour la société et il avait confiance en elle. Il n'était pas choqué par le fait que l'on puisse engager son épouse pour un salaire élevé. Cette pratique était répandue dans les entreprises de la place et normale à son sens. Il connaissait l'assurée, qui venait du même village que lui, au Kosovo. La situation économique de la société était précaire. Il s'agissait d'une société trop petite pour entreprendre la construction d'échafaudages et tout le travail était sous-traité.

k. AXA a demandé à la société, le 14 septembre 2017, la comptabilité de celle-ci depuis la date de sa création.

l. Le 15 septembre 2017, elle a demandé à l'assurée la production de ses déclarations fiscales à compter de 2015.

m. Le 7 novembre 2017, l'assurée a indiqué à AXA être dans l'attente des pièces manquantes requises par cette dernière.

n. Le 17 avril 2018, AXA a reçu le bilan intermédiaire et les comptes pertes et profits de la société I_____ pour l'année 2017 ainsi qu'une copie de l'attestation des salaires 2017 adressée par cette dernière à l'OCAS. L'assurée a indiqué être encore dans l'attente de recevoir des documents de l'administration fiscale relatifs à sa taxation.

o. Le 19 avril 2018, AXA a rappelé à l'assurée avoir sollicité la production de la comptabilité de la société I_____ depuis sa création et ses déclarations fiscales depuis 2015, avec des rappels et une mise en demeure le 16 mars 2018. Elle n'était toujours pas en possession des documents sollicités sept mois après la première demande, en conséquence l'assurée était déchue de son droit aux prestations.

p. Suite à sa demande du 26 avril 2018, AXA a reçu un nouvel extrait de compte de l'assurée dont il ressort qu'elle a cotisé deux mois (novembre et décembre) en 2016 et douze mois en 2017 (société I_____).

q. Par courriel du 25 octobre 2019, l'OCAS a indiqué à AXA que l'attestation des salaires de l'assurée pour l'année 2016 avait été fournie par son employeur le

12 février 2018 après divers courriers comprenant un rappel, une sommation, une amende et une menace de plainte et que l'attestation pour 2017 avait été fournie le 12 mars 2018, également après un rappel et une sommation. L'annonce avait donc été faite rétroactivement et avec beaucoup de retard.

C. a. Le 21 décembre 2018, la société I_____ a annoncé à AXA que l'assurée était à nouveau en incapacité de travail à 100% depuis le 29 novembre 2018 avec une reprise de travail prévue pour le 3 janvier 2019.

b. Le 9 janvier 2019, AXA a demandé à l'assurée de lui remettre copie de son relevé individuel AVS, de son contrat de travail, de ses fiches de salaire depuis janvier 2018 et la preuve du versement de ses salaires depuis janvier 2018. Elle a demandé à la société I_____ de lui remettre une copie du contrat de travail de la demanderesse, une copie de ses fiches de salaire depuis janvier 2018 et de son certificat de salaire 2018 ainsi que de remplir le formulaire intitulé « description de l'activité – profil du poste » (pièces 39, 40 et 41).

c. Au courant du mois de janvier 2019, AXA a reçu :

- un avenant au contrat de travail conclu entre la société I_____ et l'assurée pour un poste de gestionnaire administratif à 100% et un salaire de CHF 6'000.- brut.
- Les bulletins de salaire de l'assurée pour les mois de janvier à décembre 2018, faisant état d'un salaire mensuel de CHF 6'000.- auquel venaient s'ajouter le 13ème salaire versé au prorata, plus les indemnités pour jours fériés et les vacances.
- Une attestation signée par la société I_____ et l'assurée, selon laquelle cette dernière avait reçu en mains propres de la part de son employeur CHF 67'311.70 correspondant à la période de salaire du 1er janvier au 31 décembre 2018.

d. AXA a reçu de l'OCAS l'extrait du compte individuel de l'assurée au 15 janvier 2019, dans lequel ne figurait aucun revenu pour l'année 2018.

e. La Dresse L_____ a indiqué à AXA, le 23 janvier 2019, que l'assurée souffrait de douleurs lombaires et cervicales. Les diagnostics étaient une recrudescence de lombosciatalgies, une tenomyosite du muscle fléchisseur de l'avant-bras droit et une cervicalgie aiguë. La capacité de l'assurée était de 0% pour le moment, à évaluer lors des prochains contrôles.

f. Le 2 avril 2019, le docteur M_____, chirurgie orthopédique FMH et expert médical certifié SIM, a rendu un rapport d'expertise sur les suites de l'incapacité de travail de l'assurée ayant débuté le 29 novembre 2018, concluant que l'incapacité de travail était justifiée au moment de l'examen, au vu de la contracture musculaire douloureuse au niveau du rachis. Il s'attendait à une amélioration d'ici le 15 avril suivant, avec un retour éventuellement progressif dans l'activité antérieure qui était bien adaptée. En l'absence de lésion anatomique mise en évidence, le pronostic

apparaissait bon à terme, malgré l'incapacité de travail qui se prolongeait avec une chronicisation des douleurs.

g. Le 10 avril 2019, AXA a informé l'assurée qu'une capacité de travail à 50% serait exigible d'elle dès le 15 avril 2019 et de 100% au 1er mai 2019 dans son emploi actuel et qu'elle cesserait de lui verser des indemnités journalières à compter du 30 avril 2019.

h. Le 17 juin 2019, la Dresse L_____ a indiqué à AXA que l'assurée avait repris le travail à 20% dès le 1er juin dernier et qu'une reprise à 50% serait possible dans quelques semaines. Malheureusement, l'assurée n'avait pas été en mesure de reprendre le travail aux dates proposées. Elle demandait donc à AXA de reconsidérer sa décision.

i. Le 10 juillet 2019, la Dresse L_____ a indiqué à AXA que la capacité de travail de l'assurée était de 20% dès le 1er juin 2019 et serait augmentée progressivement à 50%, dès le 2 août 2019. Malgré une amélioration évidente et graduelle de la symptomatologie et le pronostic lentement favorable, l'assurée n'était pas encore apte à une reprise de travail, même partielle, en avril, à cause des douleurs persistantes en région cervicale.

j. Entre le 25 janvier et le 20 mai 2019, AXA a payé à l'assurée CHF 22'116.85 représentant les indemnités journalières du 19 décembre 2018 au 30 avril 2019.

D. a. L'assurée a formé une action en paiement, le 10 septembre 2019, concluant à ce qu'AXA soit condamnée à poursuivre le versement des indemnités journalières dès le 16 mars 2017 et à lui payer CHF 140'393.60 (730 jours x CHF 192.32) dès le 16 mars 2017 et CHF 140'393.60 dès le 29 novembre 2018, sous déduction des indemnités journalières déjà versées pour la maladie au 16 mars 2017, avec suite de frais et dépens.

b. Le 13 novembre 2019, la défenderesse a répondu à la demande et formé une demande reconventionnelle. Elle concluait à l'audition de la demanderesse, de Mme H_____, de la Dresse L_____ et du Dr M_____ et à ce qu'une expertise médicale soit ordonnée. Principalement, elle concluait à l'irrecevabilité de la demande en paiement du 10 septembre 2019, et subsidiairement, à ce que la demanderesse soit déboutée de toutes ses conclusions et condamnée en tous les frais et dépens de la procédure comprenant une équitable indemnité valant participation à ses honoraires d'avocat.

Sur demande reconventionnelle, elle concluait à la condamnation de la demanderesse à lui payer CHF 22'116.80 avec intérêts à 5% dès le 31 mars 2019 avec suite de frais et dépens.

c. Le 3 décembre 2019, la demanderesse a persisté dans ses conclusions et conclu au rejet de la demande reconventionnelle.

d. Le 10 décembre 2019, la demanderesse a produit la comptabilité de la société I_____ depuis 2016 afin de lever tout soupçon à son sujet, précisant que l'attestation fiscale 2015 ne lui avait pas été transmise par l'administration fiscale.

e. Le 16 décembre 2019, la défenderesse a persisté dans ses explications et conclusions.

f. Le 23 janvier 2020, la défenderesse a fait valoir que les écritures de la demanderesse du 10 décembre 2019, et en particulier les pièces produites à l'appui de ses écritures étaient irrecevables, car tardives, en application de l'art. 229 CPC. Pour le cas où la chambre des assurances sociales admettrait la production de pièces par les parties dans un troisième échange d'écritures, elle a produit également une pièce complémentaire. Il s'agissait d'un courriel du 11 novembre 2019 dans lequel l'OCAS indiquait que des prestations d'allocations de maternité avaient été versées suite à la naissance le 26 septembre 2017 de l'enfant de la demanderesse, pour la période allant du 26 septembre 2017 au 15 janvier 2018.

g. Le 23 janvier 2020, la défenderesse a encore transmis à la chambre de céans une nouvelle pièce dont il ressortait que Mme H_____ confirmait que la demanderesse n'avait jamais travaillé au sein de la société C_____ et que sa méconnaissance du français l'empêchait d'exercer une quelconque activité dans le domaine administratif. La défenderesse sollicitait l'audition de cette dernière.

h. Le 12 février 2020, la demanderesse a fait valoir que les pièces produites le 10 décembre 2019 étaient recevables.

i. Une audience a eu lieu le 26 août 2020 lors de laquelle la demanderesse a été entendue.

j. Le 28 août 2020, la défenderesse a informé la chambre de céans qu'au vu des déclarations de la demanderesse, elle renonçait à l'expertise médicale ainsi qu'à l'audition des Drs M_____ et L_____.

k. Les 15 septembre et 23 octobre 2020, la demanderesse a réduit ses conclusions jusqu'au montant de CHF 92'243.75.

l. Par arrêt du 29 octobre 2020, entré en force, la chambre de céans a déclaré la demande recevable (ATAS/1044/2020).

m. Le 12 mai 2021, la chambre de céans a entendu Mme H_____.

EN DROIT

1. a. 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).

Selon la police d'assurance, le contrat est régi par la LCA.

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

b. L'art. 46a LCA prescrit que le for se définit selon la loi du 24 mars 2000 sur les fors (LFors) qui a été abrogée au 1er janvier 2011 par l'entrée en vigueur du CPC, auquel il convient désormais de se référer. Sauf disposition contraire de la loi, pour les actions dirigées contre les personnes morales, le for est celui de leur siège (art. 10 al. 1 let. b CPC), étant précisé que l'art. 17 al. 1 CPC consacre la possibilité d'une élection de for écrite.

En l'occurrence, la let. J1 des conditions générales d'assurances (CGA), assurance de personnes Professional, applicable notamment pour l'indemnité journalière en cas de maladie pour le personnel, prévoit que pour toutes les actions au sujet du contrat d'assurance, sont compétents au choix soit les tribunaux du domicile suisse des personnes assurées ou des ayants droit, soit au lieu de leur travail en Suisse, soit Winterthur.

La demanderesse étant domiciliée à Genève, la chambre de céans est compétente à raison du lieu.

c. Selon l'art. 59 CPC, le tribunal n'entre en matière que sur les demandes qui satisfont aux conditions de recevabilité de l'action. Ces conditions sont examinées d'office (art. 60 CPC). La liste des conditions de recevabilité prévue à l'art. 59 al. 2 CPC n'est pas exhaustive (François BOHNET, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 9 ad art. 59 CPC).

En l'espèce, la demande a été déposée en la forme prévue à l'art. 244 CPC et elle est donc recevable.

d. Selon l'art. 14 al. 1 CPC, une demande reconventionnelle peut être formée au for de l'action principale, lorsqu'elle est dans une relation de connexité avec la demande principale.

En l'espèce, la recevabilité de la demande reconventionnelle doit être admise, en ce qu'elle tend à la condamnation de la demanderesse au remboursement de prestations qui lui ont été versées par la défenderesse dans le cadre des indemnités journalières réclamées par la demanderesse pour le même cas d'assurance.

2. Les litiges relatifs aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie ne sont pas soumis à la procédure de conciliation préalable de l'art. 197 CPC lorsque les cantons ont prévu une instance cantonale unique selon l'art. 7 CPC (ATF 138 III 558 consid. 4.5 et 4.6; ATAS/577/2011 du 31 mai 2011), étant précisé que le législateur genevois a fait usage de cette possibilité (art. 134 al. 1 let. c LOJ).

3. La procédure simplifiée s'applique aux litiges portant sur des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal (art. 243 al. 2 let. f CPC) et la chambre de céans établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC).

La jurisprudence applicable avant l'introduction du CPC, prévoyant l'application de la maxime inquisitoire sociale aux litiges relevant de l'assurance-maladie complémentaire, reste pleinement valable (ATF 127 III 421 consid. 2). Selon cette maxime, le juge doit établir d'office les faits, mais les parties sont tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Ce principe n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. Le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces; il est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuves sont complètes uniquement lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner leurs moyens de preuve et de les présenter. La maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaire l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a).

La maxime inquisitoire sociale ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve (arrêt du Tribunal fédéral 4C.185/2003 du 14 octobre 2003 consid. 2.1). Pour toutes 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).

4. En vertu de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. En conséquence, la partie qui fait valoir un droit doit prouver les faits fondant ce dernier, tandis que le fardeau de la preuve relatif aux faits supprimant le droit, respectivement l'empêchant, incombe à la partie, qui affirme la perte du droit ou qui conteste son existence ou son étendue. Cette règle de base peut être remplacée par des dispositions légales de fardeau de la preuve divergentes et doit être concrétisée dans des cas particuliers

(ATF 128 III 271 consid. 2a/aa avec références). Ces principes sont également applicables dans le domaine du contrat d'assurance (ATF 130 III 321 consid. 3.1).

En principe, un fait est tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la vérité d'une allégation. La loi, la doctrine et la jurisprudence ont apporté des exceptions à cette règle d'appréciation des preuves. L'allégement 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).

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).

5. 5.1. Le 23 janvier 2020, la défenderesse a fait valoir que les écritures de la demanderesse du 10 décembre 2019, et en particulier les pièces produites à l'appui de ses écritures, soit la comptabilité de la société I_____ depuis 2016, étaient irrecevables, car tardives, en application de l'art. 229 CPC.

5.2. Selon l'art. 225 CPC, le tribunal ordonne un second échange d'écritures, lorsque les circonstances le justifient.

Lorsque la réponse comporte des conclusions reconventionnelles, le demandeur a cependant toujours un droit de déposer une nouvelle écriture (art. 224 al. 3 phr. 1). Dans ce cas, le tribunal ou son membre chargé de la conduite du procès peut choisir d'intégrer ce droit à une « réponse sur la demande reconventionnelle » dans un

deuxième échange d'écritures, en fixant audit demandeur un délai pour déposer un acte constituant à la fois cette réponse et la réplique (cf. notamment BSK ZPO-WILLISEGGER, art. 225 N 7).

Comme toutefois la possibilité de déposer une réplique ou une duplique selon l'art. 225 privera dès lors les parties de la possibilité de compléter librement par la suite leurs allégations et offres de preuves (art. 229 al. 2 a contrario), elles doivent rester pleinement libres d'étendre ces écritures à d'autres éléments pertinents (cf. notamment BSK ZPO-WILLISEGGER, art. 225 N 11) (CR CPC-TAPPY, art. 225 N 5).

Normalement le second échange d'écritures épuise le droit inconditionnel des parties d'introduire des faits et moyens de preuve nouveaux (art. 229 al. 2 a contrario), qui ne seront ensuite plus possibles qu'aux conditions de l'art. 229 al. 1 (sur l'exception à prévoir peut-être lorsque la réplique est simultanément une réponse du demandeur à une demande reconventionnelle, cf. art. 224 N 25).

Selon l'art. 229 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont admis aux débats principaux que s'ils sont invoqués sans retard et qu'ils remplissent l'une des conditions suivantes :

a. ils sont postérieurs à l'échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction (novas proprement dits) ;

b. ils existaient avant la clôture de l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction mais ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (novas improprement dits).

Selon l'art. 229 al. 2 CPC, s'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ni de débats d'instruction, les faits et moyens de preuves nouveaux sont admis à l'ouverture des débats principaux.

Selon l'art. 229 al. 3 CPC, lorsqu'il doit établir les faits d'office, le tribunal admet des faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations.

Conformément à l'art. 219, les règles de l'art. 229 peuvent s'appliquer mutatis mutandis en procédure simplifiée (voir en ce sens ATF 144 III 117, c. 2.2).

5.3.1. En l'espèce, les pièces produites par la demanderesse le 10 décembre 2019 sont irrecevables, car elles ont été produites après sa réplique du 3 décembre 2019 (art. 225 CPC) et qu'elles ne constituent pas des moyens de preuve nouveaux (art. 229 al. 3 CPC).

5.3.2. La pièce produite par la défenderesse le 23 janvier 2020, soit la déclaration de Mme H_____ du 23 janvier 2020, constitue en revanche un nouveau moyen de preuve, qui doit être admis en application de l'art. 229 al. 2 CPC, dès lorsqu'elle a été produite avant les délibérations.

6. 6.1. La demanderesse fonde ses prétentions sur le fait qu'elle aurait travaillé à 100% pour la société I_____ dès le 1er novembre 2016.

La défenderesse conteste que la demanderesse ait réellement travaillé pour la société I_____ ou, à tout le moins dans la mesure annoncée, et se prévaut de l'art. 40 LCA.

6.2. À teneur de l'art. 40 LCA, si l'ayant droit ou son représentant, dans le but d'induire en erreur, dissimule ou déclare inexactement des faits qui auraient exclu ou restreint l'obligation de l'assureur, ou si, dans le but d'induire l'assureur en erreur, il ne fait pas ou tardivement les communications que lui impose l'art. 39 LCA, l'assureur n'est pas lié par le contrat envers l'ayant droit. L'art. 39 LCA précise que sur demande de l'assureur, l'ayant droit doit lui fournir tout renseignement sur les faits à sa connaissance qui peuvent servir à déterminer les circonstances dans lesquelles le sinistre s'est produit ou à fixer les conséquences du sinistre.

D'un point de vue objectif, la dissimulation ou la déclaration inexacte doit ainsi porter sur des faits qui sont propres à influencer l'existence ou l'étendue de l'obligation de l'assureur; en d'autres termes, il faut que, sur la base d'une déclaration correcte des faits en question, l'assureur n'ait à verser qu'une prestation moindre ou même aucune prestation. En outre, d'un point de vue subjectif, l'ayant droit doit avoir agi avec la conscience et la volonté d'induire l'assureur en erreur, sans qu'il importe qu'il soit parvenu ou non à ses fins. L'assureur peut alors refuser toute prestation, même si la fraude ne se rapporte qu'à une partie du dommage (arrêt du Tribunal fédéral 4A_17/2011 du 14 mars 2011 consid. 2 et les références).

L'art. 40 LCA formule un moyen libératoire pour l'assureur, de sorte qu'il incombe à ce dernier de prouver les faits permettant l'application de cette disposition (arrêt 5C.11/2002 du 11 avril 2002 consid. 2a, in JdT 2002 I p. 531; arrêt 5C.240/1995 du 1er février 1996 consid. 2b).

6.3. En l'espèce, plusieurs éléments du dossier établissent au degré de la vraisemblance prépondérante que la demanderesse a déclaré inexactement des faits qui auraient exclu ou restreint l'obligation de la défenderesse au sens de l'art. 40 LCA.

En effet, il n'apparaît pas crédible que la demanderesse ait réellement eu une activité à plein temps pour la société I_____.

Ses allégations sont remises en cause par le témoignage de Mme H_____, qui travaillait pour la société C_____, soit la première société qui a engagé la demanderesse avec un contrat similaire à celui signé pour la société I_____. La témoin a déclaré que quand on lui avait demandé de faire le contrat pour la demanderesse, celle-ci était déjà enceinte et qu'elle avait pensé que c'était pour toucher de l'argent sans travailler. Elle avait peut-être travaillé, mais la témoin ne voyait pas ce qu'elle avait pu faire. Elle ne la voyait pas aller sur les chantiers. C'était la témoin qui s'occupait de la facturation pour C_____, puis M. F_____pour G_____. La témoin ne pensait pas que la demanderesse pouvait

avoir un travail administratif, car elle n'avait pas de formation dans ce domaine et ne maîtrisait pas le français écrit. Elle s'était peut-être améliorée depuis lors. Plusieurs fois, la témoin avait dû s'occuper de papiers privés pour la demanderesse et son mari. La demanderesse aurait pu faire elle-même la facturation, car cela n'était pas compliqué. Par contre, il était peu probable qu'elle ait pu faire la comptabilité, à moins qu'elle ait fait une formation depuis lors. La témoin a encore relevé qu'elle n'avait quasiment jamais eu à faire avec la demanderesse, alors que c'était elle qui s'occupait de la facturation et de la comptabilité de la société C_____ et que cela lui prenait un 10% de son temps. Si la demanderesse avait réellement eu une activité administrative, elle aurait eu plus de contacts avec elle. La témoin a toutefois précisé que la demanderesse était passée peut-être une fois lui amener des documents pour la facturation et qu'elle avait fait au moins une fois un paiement pour la société.

Le témoignage de Mme H_____ n'est pas déterminant, car celle-ci n'a pas travaillé pour la société I_____ et il doit être pris avec circonspection, car quand bien même elle le nie, elle a probablement eu un différend avec l'époux de la demanderesse, comme l'a indiqué cette dernière à la chambre de céans le 26 août 2020, dès lors que Mme H_____ a indiqué que MM. F_____et B_____ avaient quitté G_____, qu'elle s'était de ce fait retrouvée seule en poursuites pour des arriérés de cette société et que M. B_____ n'avait alors plus répondu à ses appels. Son témoignage constitue néanmoins un éclairage intéressant sur les activités de la société I_____, de M. B_____ et de la demanderesse, dont il faut tenir compte pour établir les faits, dans la mesure où il est corroboré par d'autres éléments.

Les déclarations faites le 11 septembre 2017 par M. K_____à la défenderesse, bien qu'ambiguës – ce qui peut s'expliquer par le fait qu'il vient du même village que la demanderesse et qu'il la soutient de ce fait, ainsi que par le fait qu'il a accepté la situation dont il est partiellement responsable – confirment que le salaire de celle-ci était très élevé pour la tâche qu'elle occupait et qu'il ne se justifiait pas vraiment. Il confirme également que la demanderesse était limitée par la langue et l'absence de qualifications et que cet engagement avait été fait à la demande de son conjoint.

Mais surtout, les déclarations de la demanderesse elle-même ne sont pas convaincantes. Elle a déclaré à la chambre de céans qu'elle avait travaillé 42 heures par semaine pour les trois sociétés (C_____, G_____ et I_____) et que son travail avait toujours été le même. Lors d'un entretien avec la défenderesse du 17 août 2017, elle a précisé qu'elle s'occupait du planning des ouvriers, de vérifier les factures et de répondre au téléphone. Une activité de la demanderesse à plein temps pour la société I_____ n'est pas crédible, au vu des compétences limitées de celle-ci et des déclarations de Mme H_____, selon laquelle son propre travail pour la société C_____ – soit un travail plus ou moins similaire à celui que la demanderesse aurait eu pour la société I_____ – correspondait à un 10%. De plus, la demanderesse a déclaré à la chambre de céans qu'elle remplaçait parfois son

mari sur les chantiers, sans pouvoir préciser ce que celui-ci y faisait, démontrant ainsi qu'elle pouvait affirmer faussement des faits.

Il est d'autant moins crédible que la demanderesse ait travaillé à 100% pour la société I_____ qu'elle a précisé que son mari n'avait travaillé pour celle-ci qu'à 20% en 2017 et 2018, en raison d'un accident. En effet, l'activité de la société reposait essentiellement sur celui-ci, puisque, selon les déclarations de Mme H_____, il avait repris G_____ au départ de M. D_____et que c'était lui qui gérait concrètement la société et se rendait sur les chantiers. On voit mal dans ces circonstances que la société I_____ ait pu générer du travail administratif à 100% pour la demanderesse, qui n'était pas capable d'écrire un courrier, ne s'occupait pas de la comptabilité et ne se rendait manifestement pas sur les chantiers.

Enfin, la société I_____ n'avait sans doute pas une grande activité dès novembre 2016, étant rappelé qu'elle a repris les activités de G_____, qui a été déclarée une première fois en faillite le 13 avril 2016, et que sa situation économique était précaire, selon les déclarations de M. K_____du 11 septembre 2017.

Constituent encore des éléments faisant douter de la réelle activité de la demanderesse le fait qu'elle a toujours été payée de main à la main et que son « activité » pour la société a été annoncée très tardivement à l'OCAS pour les années 2016 et 2017, de même que les difficultés de la défenderesse à obtenir la comptabilité de la société et les déclarations fiscales de la demanderesse.

En signant un contrat de travail qui indiquait une activité à 100% et un salaire mensuel de CHF 5'000.- qui ne correspondaient pas à son activité réelle, la demanderesse a fait une fausse déclaration ayant un effet sur l'obligation de prester de la défenderesse, dès lors que les indemnités journalières sont fixées sur la base du salaire de l'assuré (let. E5 CGA). La condition objective de la prétention frauduleuse est donc réalisée. La question de savoir si la demanderesse a travaillé dans une moindre mesure qu'annoncé ou pas du tout peut rester ouverte, dès lors que l'assureur peut, lorsque les conditions de l'art. 40 LCA sont réalisées, refuser toute prestation, même si la fraude ne se rapporte qu'à une partie du dommage.

Sur le plan subjectif, la demanderesse a déclaré faussement et à plusieurs reprises travailler à 100% pour la société I_____ dans le cadre de sa demande en paiement d'indemnités journalières dans l'intention d'obtenir ainsi des prestations indues de la défenderesse. La condition subjective est par conséquent également réalisée.

Il en résulte que la demanderesse n'a pas droit aux prestations auxquelles elle a conclu dans sa demande, en application de l'art. 40 LCA.

7. Reste à déterminer si la demande reconventionnelle est justifiée.

7.1. Entre le 25 janvier et le 20 mai 2019, la défenderesse a payé à la demanderesse CHF 22'116.85 représentant les indemnités journalières du 19 décembre 2018 au 30 avril 2019. Elle fonde sa demande reconventionnelle sur les art. 62 ss de la loi

fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220) et la jurisprudence.

La demanderesse a fait valoir que la défenderesse ne pouvait réclamer le remboursement du montant qu'elle lui avait versé, en vertu de l'art. 63 al. 1 CO, car la défenderesse avait payé alors qu'elle avait des soupçons sur un travail fictif exercé par la demanderesse et ce, au moins depuis l'entretien du 17 août 2017.

7.2. En l'espèce, le droit à la restitution des montants versés indûment à la demanderesse est régi par l'art. 40 LCA, qui constitue une lex specialis par rapport aux art. 62 et ss CO, étant rappelé que selon l'art. 100 al. 1 LCA, le CO est applicable au contrat d'assurance pour tout ce qui n'est pas réglé par la LCA.

Selon l'art. 40 LCA, dont les conditions d'application sont réunies, la défenderesse pouvait non seulement refuser ses prestations, mais également répéter celles qu'elle avait déjà versées.

Ce droit n'est donc pas conditionné à l'apport de la preuve qu'elle croyait par erreur devoir ce qu'elle a payé, selon ce que prévoit l'art. 63 CO, qui n'est pas applicable au cas d'espèce. C'est donc à tort que la demanderesse s'est prévalue de cette disposition pour soutenir que la défenderesse ne pouvait pas demander la restitution de l'indû du fait qu'elle avait des doutes au moment du versement sur la réalité de l'emploi de la demanderesse.

La demande reconventionnelle est en conséquence justifiée et la demanderesse sera condamnée à verser CHF 22'116.80 à la défenderesse, soit le montant représentant les indemnités journalières qui lui ont été versées indûment.

8. La défenderesse a demandé des intérêts moratoires à 5% dès le 31 mars 2019.

8.1. L'intérêt compensatoire (art. 97 al. 1 CO), qui est une composante du dommage réparable dans toute responsabilité et qui résulte du fait que, entre la survenance d'un dommage et sa réparation effective (paiement de l'indemnité), le créancier des dommages-intérêts est privé de cette somme d'argent, ce qui lui cause un préjudice additionnel. Comme l'intérêt compensatoire vise à remettre le lésé dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si la réparation du dommage avait eu lieu immédiatement, il court donc du jour où le dommage est subi. Dans la responsabilité fondée sur l'art. 97 et ss, et sous la réserve de la preuve d'un dommage supérieur ou inférieur, le Tribunal fédéral applique le taux de 5% prévu par l'art. 104 al. 1 CO pour les cas de demeure afin de traiter de manière semblable les diverses formes d'inexécution ou de mauvaise exécution des obligations.

L'intérêt moratoire est dû à partir du jour suivant celui où le débiteur a reçu l'interpellation (ATF 103 II 102 consid. 1a). Une interpellation est une déclaration, expresse ou par acte concluant, adressée par le créancier au débiteur par laquelle le premier fait comprendre au second qu'il réclame l'exécution de la prestation due (Luc THEVENOZ, Commentaire romand, Code des obligations I, 2ème éd. 2012, n. 17 ad art. 102). À défaut d'une telle interpellation, l'intérêt moratoire n'est dû, en

cas d'ouverture d'une action en justice, que dès le lendemain du jour où la demande en justice a été notifiée au débiteur (arrêt du Tribunal fédéral 5C.177/2005 du 25 février 2006 consid. 6.1).

8.2. En l'espèce, la défenderesse a demandé pour la première fois le remboursement des prestations versées indûment à la demanderesse dans sa demande reconventionnelle. Le dies a quo correspond ainsi au lendemain de la date à laquelle la demande reconventionnelle a été notifiée à la demanderesse principale, soit le 14 novembre 2019.

9. Ni la demanderesse ni la défenderesse n'ont droit à des dépens. En effet, la première succombe (cf. art. 106 al. 1 CPC), tandis que la seconde ne peut y prétendre en raison de sa qualité d'assurance (cf. art. 22 al. 3 let. b de la loi d'application du code civil suisse et autres lois fédérales en matière civile du 28 novembre 2010 [LaCC - E 1 05] qui prévoit qu'il n'est pas prélevé de frais judiciaires, ni alloué de dépens à la charge de l'assuré, dans les causes portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie obligatoire prévue par la LAMal).

10. 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 les demandes recevables.

Au fond :

2. Rejette la demande de la demanderesse.
3. Admet la demande reconventionnelle.
4. Dit que la demanderesse doit payer à la défenderesse CHF 22'116.80 avec intérêt à 5% dès le 14 novembre 2019.
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