

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3423/2011

ATAS/1010/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 15 octobre 2013

2<sup>ème</sup> Chambre

En la cause

Madame L\_\_\_\_\_, domiciliée à GENEVE, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître Florian BAIER

demanderesse

contre

ZURICH COMPAGNIE D'ASSURANCES SA, sise Mythenquai  
2, ZURICH, comparant avec élection de domicile en l'étude de  
Maître Pierre GABUS

défenderesse

**Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente; Diane BROTO et Eugen MAGYARI, Juges  
assesseurs**

---

### EN FAIT

1. Madame L\_\_\_\_\_ (ci-après l'assurée), née en 1963, mère de deux filles nées en 1995 et 1998, a effectué une formation de physiothérapeute qu'elle a terminée durant l'année 1989, puis a suivi des formations continues chaque année. Elle a travaillé aux HUG de 1989 à 2000, après quoi elle a exercé l'activité de physiothérapeute à titre indépendant, dans les domaines de la rééducation maxillo-faciale, les traitements de céphalées de tension, les traitements rhumatologiques (incluant la rééducation posturale) et les traitements orthopédiques/traumatiques.

Dans le cadre de son activité de physiothérapeute à titre indépendant, elle a conclu avec la ZURICH COMPAGNIE D'ASSURANCES SA (ci-après la ZURICH) une assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie et d'accident lui assurant le versement d'indemnités journalières en cas d'incapacité de travail due à une maladie ou à un accident. La nouvelle police d'assurance, remplaçant la police antérieure, valable du 1<sup>er</sup> janvier 2010 au 31 décembre 2014, prévoit une indemnité journalière de 80% du gain assuré, fixé à 100'000 fr., durant 750 jours, après un délai d'attente de 30 jours. Cette police d'assurance fait référence à l'Information client selon la LCA et aux Conditions du contrat pour assurance perte de salaire en cas de maladie, édition 1/2007 (ci-après CGC).

2. En date du 2 mars 2010, une première radiographie de la colonne cervicale, de la colonne dorsale, de la colonne lombaire et du bassin a été effectuée, laquelle mettait notamment en exergue une discopathie avec une cervicarthrose en C5-C6 et C6-C7, une spondylarthrose dorsale moyenne, assez marquée, ou encore une discopathie sévère en L4-L5 et en L5-S1, avec des pincements intersomatiques importants et une importante sclérose des plateaux vertébraux.
3. Par formulaire daté du 15 avril 2010, l'assurée a déclaré à la ZURICH être en incapacité de travail de 50% depuis le 12 avril 2010, en raison d'une maladie.
4. Dans un rapport établi en date du 3 mai 2010, le Dr A\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en médecine interne et maladies rhumatismales, a établi, au vu des radiographies, l'existence de discopathies dégénératives avec une relative étroitesse canalaire et des atteintes dégénératives, avec un rétrécissement foraminaux C5-C6 et C6-C7 à droite.
5. En date du 5 août 2010, le Dr B\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en neurochirurgie, a indiqué que l'assurée souffrait le martyre depuis le mois de février 2010, avec des lombalgies de type mécanique à caractère d'instabilité, qui étaient actuellement présentes en permanence. Elle était en incapacité de travail à 50% dans son activité de physiothérapeute.

6. Par rapport du 25 août 2010, le Dr C \_\_\_\_\_, médecin adjoint auprès du Service de neurochirurgie des Hôpitaux Universitaires de Genève (ci-après les HUG), a déclaré que l'assurée souffrait depuis le mois de février 2010, suite à des efforts durant un déménagement, d'une douleur lombaire irradiant en barre dans la base du dos et jusqu'aux deux fesses. Ces douleurs l'empêchaient de rester assise et debout longtemps et elle était souvent obligée de changer de position. Les radiographies de la colonne lombaire mettaient en évidence une discopathie sévère L4-L5 et L5-S1, avec une instabilité, un rétrolisthèse de L4-L5, une dégénérescence gazeuse des deux derniers disques lombaires et une légère hypermobilité en L3-L4.
7. Dans un rapport adressé à l'OAI en date du 17 novembre 2010, le Dr A \_\_\_\_\_ a déclaré avoir suivi l'assurée du 25 mars au 30 avril 2010 et a posé les diagnostics d'instabilité, de discopathie lombaire et de canal étroit, lesquels étaient en exacerbation depuis le début de l'année 2010, et de cervicalgies. La capacité de travail de l'assurée était de 50% dès le 12 avril 2010 et ses limitations fonctionnelles concernaient les mouvements sollicitant le rachis lombaire.
8. Le 26 novembre 2010, le Dr D \_\_\_\_\_, spécialiste FMH en médecine interne générale, allergologie et immunologie clinique et médecin traitant de l'assurée, a retenu des douleurs et des limitations algofonctionnelles dans son métier sur disque dorsolombaire et cervical, présentes depuis 1991, mais en aggravation depuis 2010. Il existait des douleurs en traction, en rotation et en flexion dorsolombaire. La capacité de travail de l'assurée était diminuée de 50% depuis le 12 avril 2010 dans la profession de physiothérapeute.
9. La ZURICH a mis en œuvre une expertise rhumatologique, laquelle a été confiée à la Clinique CORELA. L'assurée a été examinée, en date du 6 juin 2011, par le Dr E \_\_\_\_\_, rhumatologue, lequel a établi son rapport en date du 18 juillet 2011. L'assurée a déclaré qu'en février-mars 2010, elle avait commencé à ressentir des lombalgies intenses et dans les semaines suivantes, des dorsalgies et des cervicalgies. L'expert a posé les diagnostics suivants : une discopathie arthrosique C5-C6 et C6-C7, en phase aigüe, une discarthrose, une ostéophytose antérieure de D4 à D9 et une discarthrose érosive L4-L5 et L5-S1, en phase subaigüe. Tous ces diagnostics avaient une incidence sur la capacité de travail. L'expert a expliqué que le handicap principal de l'assurée provenait de l'atteinte lombaire, les discarthroses érosives, surtout sur deux étages discaux, étant toujours très invalidantes. L'examen clinique, les documents radiologiques et la symptomatologie exposée par l'assurée étaient concordants. En outre, les cervicalgies s'ajoutaient à la pathologie lombaire. La coexistence de deux atteintes au niveau du rachis tendait à conclure à une prédisposition génétique à ce type d'atteinte arthrosique sévère. En ce qui concernait les douleurs au niveau dorsal, elles étaient de moindre degré par rapport aux cervicalgies et aux lombalgies. Les limitations fonctionnelles concernaient les stations debout et assise prolongées, les mouvements au-dessus de la ligne des épaules, les portes-à-faux lombaire et cervical, le port de charges légères,

l'exposition au froid et la conduite d'un véhicule professionnel et d'engins vibrants. La capacité de travail était de 50% de manière définitive dans l'activité habituelle. En effet, d'une part, les efforts déployés avec les membres supérieurs étaient susceptibles de se répercuter sur la colonne cervicale et ceux de traction ou de pression prolongée avec les membres supérieurs étaient à éviter, et d'autre part, le travail de physiothérapeute comportait pratiquement toujours des positions en porte-à-faux lombaire, lesquelles étaient associées à des efforts plus ou moins importants des membres supérieurs. En revanche, dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles, la capacité de travail de l'assurée était de 100% dès le 6 juin 2011, date de l'expertise.

10. Par courrier du 21 juin 2011, la ZURICH a informé l'assurée avoir pris connaissance d'un rapport préliminaire du Dr E\_\_\_\_\_, lequel avait conclu à une entière capacité de travail dans une activité adaptée. Il lui a dès lors rappelé son obligation de diminuer le dommage, de sorte qu'il lui appartenait de mettre en valeur sa capacité de travail en recherchant un emploi dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles. Afin qu'elle puisse entreprendre de telles démarches, la ZURICH a indiqué qu'elle allait continuer à lui verser des indemnités journalières à 50% jusqu'au 30 septembre 2011, sous réserve de la réception des certificats de travail y relatifs.
11. Dans un rapport du 24 août 2011, le Dr F\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en médecine interne et rhumatologie, a retenu le diagnostic de lombalgies mécaniques dans le cadre d'une discopathie sévère L4-L5 avec instabilité. Il a relevé que « son histoire actuelle débute brutalement, au décours d'un déménagement effectué fin 2009, début 2010, la patiente a développé des lombalgies tout à fait inhabituelles pour elle du jour au lendemain, d'emblée très intense » (sic). Dans le cadre de la discussion, le médecin a attesté de la présence de lombalgies persistantes depuis l'année 2010, lesquelles étaient dues à une très sévère discopathie inflammatoire L4-L5 et dans une moindre mesure également L5-S1. A cette discopathie inflammatoire s'ajoutait une instabilité L4-L5 certainement responsable, encore actuellement, de symptômes douloureux persistants, toutefois, il n'y avait pas d'atteinte radiculaire associée. Compte tenu de la sévérité des lésions rachidiennes et de la symptomatologie douloureuse qui en découlait, la capacité de travail était de 50% au maximum.
12. Par acte du 24 octobre 2011, l'assurée, représentée par un conseil, a déposé une demande en paiement contre la ZURICH, concluant principalement au versement de la somme de 23'331 fr., avec intérêts moratoires de 5% dès le 15 janvier 2012, sous suite de dépens. Elle requérait le versement d'indemnités pour la période courant du mois d'octobre 2011 au mois d'avril 2012.
13. Par écriture du 16 janvier 2012, la ZURICH a conclu préalablement, à la production par l'assurée de ses bilans, déclarations fiscales et attestations de salaire des cinq

dernières années (2007 à 2011) et principalement, au rejet de la demande, sous suite de dépens.

14. En date du 16 février 2012, la demanderesse a persisté dans sa demande en paiement. Elle a notamment soutenu qu'entre 2007 et 2009, son chiffre d'affaires annuel était de l'ordre de 100'000 fr. et que ses charges courantes sont toujours dues en cas d'incapacité de travail, de sorte que c'est à dessein qu'elle a conclu une assurance perte de gain portant sur un gain annuel assuré de 100'000 francs. La demanderesse produit notamment à l'appui de son écriture ses bilans et comptes de pertes et profits pour les années 2007 à 2009.
15. Par arrêt du 17 avril 2012 (ATAS/515/2012), la Cour de céans a admis, sur la base de l'art. 61 LCA, que l'on pouvait effectivement attendre de l'assurée qu'elle exerce à plein temps une activité adaptée à son état de santé dès le 6 juin 2011, l'expertise privée produite par l'assureur étant crédible et convaincante. Toutefois, l'assurée ayant exercé durant longtemps la profession de physiothérapeute, la Cour de céans lui a accordé le délai maximum d'adaptation prévu par la jurisprudence, à savoir un délai de cinq mois. Les indemnités journalières étaient ainsi dues jusqu'au 30 novembre 2011 et l'assureur a été condamné à payer encore à l'assurée la somme de 6'685 fr. avec intérêts à 5% dès le 28 octobre 2011.
16. Saisi d'un recours de l'assurée, le Tribunal fédéral l'a admis par arrêt du 14 novembre 2012 (4A\_304/2012). Il a déterminé que l'art. 61 al. 2 LCA ne permet pas à l'assureur de réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique, qui n'est concrètement pas réalisable. Le juge doit procéder à une analyse concrète de la situation. Il doit se demander, en fonction de l'âge de l'assurée et de l'état du marché du travail, quels sont ses chances réelles de trouver un emploi qui tienne compte de ses limitations fonctionnelles. Il doit également examiner en fonction de la formation, de l'expérience et de l'âge de l'assurée, si un tel changement d'activité peut réellement être exigé d'elle. Un tel changement ne peut être raisonnablement imposé à l'assurée qu'à la condition que celle-ci puisse réaliser, dans une activité à plein temps adaptée à sa situation, un revenu supérieur à celui acquis dans l'exercice de son activité actuelle à 50%. Ni le rapport d'expertise ni l'arrêt cantonal ne disaient mot de la profession qui, en fonction des divers critères suscités, pourrait raisonnablement être exigée de l'assurée, de même que des possibilités de gain que cette nouvelle activité offrirait à celle-ci. De plus, à considérer qu'un changement professionnel puisse être exigé, aucune constatation n'était susceptible en outre de fixer le délai d'adaptation – qui permettrait de réaliser une formation complémentaire, voire une reconversion professionnelle – qui devrait être accordée à l'assurée. Il n'était dès lors pas admissible d'admettre la réduction des prestations en se fondant exclusivement sur l'analyse médico-théorique contenue dans le rapport d'expertise. Le Tribunal fédéral a dès lors renvoyé la cause à la Cour de céans, pour qu'elle complète l'état

de fait avant de déterminer, sur la base des critères susmentionnés, si un changement d'activité pouvait être raisonnablement exigé de l'assurée.

17. Sur requête de la Cour de céans, la demanderesse a indiqué, dans un courrier du 18 février 2013, qu'elle disposait actuellement d'une capacité de travail de 50% dans son activité de physiothérapeute, mais que sa capacité de travail était nulle dans toute autre activité. La mise en œuvre d'un traitement de type Methotrexate ou d'anti-TNF alpha pourrait améliorer, à moyen terme, sa capacité de travail, toutefois cela était à vérifier après une année de traitement. Elle a ainsi considéré que le montant de son salaire restait inchangé et correspondait à celui de son activité habituelle à 50%, étant précisé que ses charges, en particulier son loyer, n'avaient pas diminué. Par ailleurs, dans la mesure où elle avait travaillé onze ans comme physiothérapeute aux HUG, puis dix ans comme indépendante, elle n'avait pas suivi de formation alternative lui permettant d'exercer une nouvelle activité. Une nouvelle formation n'était d'ailleurs pas envisageable pour des motifs médicaux et au vu de la limitation fonctionnelle concernant le maintien d'une position assise prolongée. Qui plus est, une formation, comme par exemple celle d'assistante médicale, durerait au minimum trois ans, de sorte que la seule solution envisageable était une amélioration de la capacité de travail existante dans l'activité habituelle. Enfin, le suivi d'une nouvelle formation ne permettrait pas de limiter le dommage, celle-ci impliquant l'abandon de son activité de physiothérapeute ainsi que la prise en charge de frais d'écologie. D'ailleurs, aucune personne non couverte par une assurance et placée dans les mêmes circonstances n'envisagerait de changer d'activité dans ces conditions. Partant, la demanderesse a requis le versement des indemnités journalières contractuellement convenues jusqu'à la fin des 750 jours, le 2 mai 2012, soit le versement d'une somme de 23'561 fr. 85, avec intérêts dès le 15 janvier 2012.

Elle a notamment produit à l'appui de son courrier une fiche concernant la formation professionnelle d'assistante médicale d'une durée de 2 ans et demi, qui se terminait par l'obtention d'un CFC.

18. En date du 18 février 2013, la défenderesse a tout d'abord rappelé les différentes étapes de la procédure et a contesté son obligation de démontrer que la demanderesse n'aurait pas pris les mesures adéquates afin de réduire son dommage, obligation qui a été retenue par le Tribunal fédéral dans son arrêt de renvoi à la Cour de céans. En outre, elle a relevé que la demanderesse faisait état d'un revenu pour l'année 2009 de 59'500 fr. et pour l'année 2010 de 60'000 fr., de sorte qu'elle n'aurait subi aucune perte de revenu suite à l'événement déclencheur de ses troubles. La défenderesse a considéré que conformément au rapport d'expertise du 18 juillet 2011, ni la capacité de travail de la demanderesse ni sa capacité de gain n'avaient diminué compte tenu des salaires réalisés en 2009 et 2010. Même s'il devait être retenu que la demanderesse était atteinte dans sa santé, la défenderesse n'était pas à même de démontrer quelles démarches concrètes l'assurée avait

---

entreprises dès le 12 avril 2010, étant précisé qu'il appartenait à celle-ci de démontrer quelles mesures elle avait prises pour réduire son dommage. La défenderesse a dès lors conclu au maintien de ses précédentes conclusions, en particulier au rejet de la demande en paiement, sous suite de dépens, et a requis l'apport du dossier de l'assurance-invalidité ainsi que l'audition des auteurs du rapport d'expertise du 18 juillet 2011.

19. Sur demande de la Cour de céans, l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Genève (ci-après l'OAI) lui a transmis, le 21 février 2013, son dossier, duquel il résulte les éléments suivants :

- a. depuis 2000, l'assurée exerce en tant que physiothérapeute indépendante et ne pratique que des techniques manuelles dans les domaines suivants : la rééducation maxillo-faciale, les traitements de céphalées de tension, les traitements rhumatologiques, incluant la rééducation posturale, et les traitements orthopédiques/traumatiques ;
- b. les honoraires encaissés se sont élevés à 109'040 fr. 25 en 2005, 103'381 fr. 42 en 2006, 109'944 fr. 59 en 2007, 90'287 fr. 41 en 2008 et 94'571 fr. 33 en 2009 ;
- c. le bénéfice de l'exercice (après cotisations) était de 58'211 fr. 56 en 2005, 51'885 fr. 36 en 2006, 61'077 fr. 44 en 2007, 42'947 fr. 66 en 2008 et 59'603 fr. 93 (bénéfice avant cotisations) en 2009 ;
- d. l'assurée a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité le 14 octobre 2010 ;
- e. les spécialistes consultés ont tous préconisé la poursuite d'un traitement conservateur par de la physiothérapie et de la prise d'antidouleurs sans recourir à une intervention chirurgicale (Drs A\_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_);
- f. la demanderesse a été soumise à une expertise ordonnée par l'OAI et réalisée en date des 1<sup>er</sup> et 14 novembre 2012 par le Dr G\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en rhumatologie et médecine interne, qui a posé, dans son rapport du 3 janvier 2013, les diagnostics de lombalgies chroniques sur une discopathie inflammatoire L4-L5 et L5-S1 sévère entraînant une instabilité (rétrolisthesis L4-L5 et L5-S1) irradiant dans les deux fesses, la colonne dorsale et lombaire, présente depuis le mois de février 2010, et une suspicion d'une spondyloarthrite. Ces diagnostics avaient tous une répercussion sur la capacité de travail. En ce qui concernait l'existence d'une maladie de type spondyloarthrite ankylosante, l'examen clinique montrait très clairement une raideur du segment lombaire et dorsal qui ne pouvait pas être mise en relation avec de grosses contractures

musculaires ou un raccourcissement des chaînes musculaires. De plus, l'IRM des sacro-iliaques avait mis en évidence des discopathies sévères connues, mais également un état inflammatoire très important et impressionnant lorsqu'on regardait les images. Cet état inflammatoire semblait évoluer en peu de temps et il était juste, d'après lui, de se poser la question, comme l'ont fait les médecins traitants, d'une maladie inflammatoire de type spondyloarthrite. Une nouvelle définition de cette maladie permettait de poser ce diagnostic sur la présence d'un horaire inflammatoire, d'une raideur matinale et d'un examen clinique démontrant une raideur lombaire et dorsale. Il allait ainsi proposer au médecin traitant de discuter avec le rhumatologue de l'instauration d'un traitement de fond de Methotrexate ou d'anti-TNF. Il a estimé qu'actuellement, la capacité de travail de l'assurée était limitée à 50% dans toutes les activités, étant précisé que ses limitations fonctionnelles concernaient le port de charges de plus de 2 kilogrammes, les mouvements répétés du rachis et les positions debout statiques prolongées et que l'assurée devait pouvoir changer de position toutes les 45 minutes et « d'étendre » toutes les 4 heures, durant une heure. Seule une diminution de l'état inflammatoire permettrait de très nettement diminuer les douleurs, et dans ce cas, d'envisager une reprise à 100%. Pour conclure, l'expert a relevé que l'assurée avait adapté son activité de physiothérapeute en se concentrant sur la rééducation maxillo-faciale depuis la réduction de sa capacité de travail. Cela lui permettait de travailler assise, de ne pas mettre en porte-à-faux son dos et d'utiliser principalement ses mains, ce qui correspondait à un travail de bureau assis, et donc à une activité adaptée. Cela démontrait que l'assurée ne pouvait pas travailler à un pourcentage plus élevé dans une activité adaptée, raison pour laquelle il s'écartait de l'expertise du Dr E\_\_\_\_\_ établie en 2011, qui concluait à une capacité de travail entière dans une activité adaptée. Pour le surplus, il proposait une révision du cas de l'assurée d'ici à un an, afin de pouvoir juger de l'effet du traitement proposé.

20. Une audience de comparution des mandataires s'est tenue en date du 12 mars 2013, lors de laquelle le conseil de la défenderesse a indiqué ne pas pouvoir se prononcer sur la valeur probante de l'expertise du médecin mandaté par l'OAI, retenant que la demanderesse n'avait qu'une capacité de travail de 50% dans toute activité lucrative, car il devait encore consulter l'ensemble du dossier AI. Il souhaitait également savoir si celle-ci travaillait effectivement à 50% ou plus et connaître les résultats des exercices 2010 et suivants.
21. En date du 16 mars 2013, la demanderesse a transmis à la Cour de céans ses comptes 2010, 2011 et 2012, desquels il résulte des honoraires encaissés de 83'360 fr. 33 en 2010, de 70'467 fr. 65 en 2011 et de 60'684 fr. 98 en 2012, ainsi

---

qu'un bénéfice (avant cotisations) de 43'610 fr. 43 en 2010, de 35'943 fr. 15 en 2011 et de 28'115 fr. 68 en 2012 (bénéfice après cotisations : 32'065 fr. 03 en 2010, 25'595 fr. 75 en 2011 et 20'613 fr. 38 en 2012). Elle a précisé que la diminution de la capacité de travail s'est répercutée avec quelques mois de décalage sur ses gains, à savoir qu'un certain nombre de factures afférentes à l'année 2009 avaient été payées en 2010 et que certains montants afférents à la période de travail antérieure à avril 2010 avaient été encore payés en 2011. Par ailleurs, en matière d'indemnité perte de gain, une comparaison des revenus comme en matière d'assurance-invalidité était exclue et seule une diminution effective et raisonnablement exigible du dommage, dans le contexte restreint de l'art. 61 LCA entrainé en ligne de compte. L'assureur devait ainsi démontrer quelle activité concrète sur le marché genevois aurait pu être effectivement trouvée. A cet égard, il lui paraissait déraisonnable de fermer définitivement un cabinet de physiothérapie pour entamer une activité hypothétique mieux payée à 50% durant un laps de temps extrêmement court.

22. Sur requête de la Cour de céans, le Dr G\_\_\_\_\_ a précisé, en date du 20 mars 2013, son rapport du 3 janvier 2013 expliquant que la capacité de travail de la demanderesse était bien de 50% tant dans l'activité de physiothérapeute que dans une activité adaptée.
23. Par rapport du 26 mars 2013, le Dr E\_\_\_\_\_ a répondu aux questions posées par la Cour de céans en date du 27 février 2013. Le rapport du Dr G\_\_\_\_\_ ne modifiait pas ses conclusions portant sur la pleine capacité de travail dans une activité adaptée aux limitations. Il a justifié sa position en indiquant se fonder sur les données d'imagerie médicale montrant un status clinique quasi constant depuis son expertise de 2011 et sur le traitement qu'il préconisait dans son rapport d'expertise qui ne pouvait qu'améliorer encore l'état de la demanderesse et le stabiliser. Il a estimé qu'un emploi de physiothérapeute traditionnel était sans doute possible à terme, à un pourcentage un peu plus élevé que 50%, s'il était tenu compte d'aménagements de la place de travail. Il a également confirmé les limitations fonctionnelles mentionnées dans son rapport d'expertise, qui étaient des limitations mécaniques propres aux troubles dégénératifs du rachis. En ce qui concernait la limitation de la station debout et assise retenue par le Dr G\_\_\_\_\_, il s'en est écartée, en rappelant tout d'abord que dans un travail classique, une personne prenait au moins 5 à 10 minutes de pause par heure ainsi que des pauses toutes les 2 heures. Après 4 heures de travail, les personnes de condition indépendante ayant des tables de massage pouvaient s'allonger sans gêne. Dans le métier de physiothérapeute, l'alternance des positions était réglée d'office par le fait que les patients avaient des séances pour des durées fixées. Le Dr E\_\_\_\_\_ a estimé que l'affirmation du Dr G\_\_\_\_\_ selon laquelle la demanderesse ne pouvait pas porter de charges supérieures à 2 kilogrammes, limitation qui était retenue en cas de très graves atteintes du rachis, enlevait toute crédibilité aux autres affirmations de ce médecin. Dans l'hypothèse d'une formation professionnelle, la demanderesse pouvait rester environ 10 à 20% debout

et 80 à 90% assise ou inversement. Une personne avec un rachis dégénératif devait par exemple se lever environ 5 minutes par heure, parfois un peu plus, le temps de se détendre. Elle pouvait également très bien rester assise et tout simplement redresser ou courber un peu le rachis, sans se mettre en porte-à-faux, ce qui détendait les disques intervertébraux. Sur une journée de cours, la demanderesse n'avait pas besoin de s'allonger, étant précisé qu'elle pouvait encore prendre un traitement susceptible de la soulager.

Il a également formulé de multiples reproches à l'encontre de l'expertise du Dr G\_\_\_\_\_. Il a notamment indiqué que les lombalgies retenues n'étaient pas un diagnostic basé sur des faits objectifs, mais qu'il s'agissait uniquement d'une plainte. Il a contesté que des imageries médicales puissent justifier des incapacités de travail. Le Dr G\_\_\_\_\_ évoquait qui plus est une suspicion de spondylarthrite, pour laquelle il n'était retrouvé aucun élément pertinent, toutefois, le Dr G\_\_\_\_\_ donnait à l'hypothèse une véritable valeur de diagnostic, alors même que les critères du diagnostic n'étaient pas remplis. L'expert faisait ainsi d'une hypothèse un diagnostic invalidant. Le Dr E\_\_\_\_\_ en a conclu que « le manque de rigueur est criard. Si un expert discute d'une hypothèse, en toute rigueur il le fait dans un chapitre de discussion autour des diagnostics différentiels et il ne va pas la retenir sans autre forme de discussion. Un travail d'expert est précisément d'aller au bout de la démarche diagnostique avant d'affirmer quoi que ce soit ; surtout quand on prend le temps et la rémunération de voir une personne expertisée deux fois de suite ». Le Dr E\_\_\_\_\_ a enfin comparé son expertise à celle du Dr G\_\_\_\_\_. Il a notamment émis « les plus vives réserves » sur l'indication du traitement par Méthotrexate ou d'anti-TNF prescrit par le Dr G\_\_\_\_\_, lequel s'était basé sur une hypothèse diagnostique non confirmée. En outre, le Dr G\_\_\_\_\_ ne précisait pas pourquoi une discopathie, affection présente chez plus de 50% des personnes de l'âge de l'assurée, dont des physiothérapeutes, avait une influence sur la capacité de travail dans un emploi de physiothérapeute traditionnel et adapté. Qui plus est, d'après le Dr E\_\_\_\_\_, le Dr G\_\_\_\_\_ justifiait uniquement la capacité de travail de 50% dans un emploi adapté par les plaintes et les décisions personnelles de la demanderesse.

24. Le 9 avril 2013, la Cour de céans a informé les parties qu'elle envisageait de demander au service de réadaptation de l'OAI la liste des activités adaptées aux limitations fonctionnelles retenues tant par le Dr G\_\_\_\_\_ que par le Dr E\_\_\_\_\_, qu'il s'agisse d'activités avec ou sans formation. Elle les invitait également à lui indiquer les autres mesures d'instruction sollicitées.
25. Le 12 avril 2013, la demanderesse a soutenu que c'était à la défenderesse qu'incombait le fardeau de la preuve s'agissant d'un éventuel changement d'activité concrètement exigible au moment où celle-ci avait cessé de fournir ses prestations, mais qu'elle n'avait jamais formulé la moindre offre de preuve ni même d'allégation à cet égard. Elle a également considéré que des mesures

d'instruction étaient en l'espèce inutiles. En effet, dans la mesure où le Dr G\_\_\_\_\_ avait conclu que sa capacité de travail était de 50% dans n'importe quelle activité, la question de savoir si elle pouvait assumer une activité à plein temps ne se posait plus. Si la Cour de céans ne partageait pas ce point de vue, la demanderesse a sollicité qu'une décision sur partie soit rendue.

26. Par courrier du 30 avril 2013, la défenderesse a relevé que d'après les pièces du dossier, la demanderesse avait poursuivi, dès avril 2010, son activité de physiothérapeute en se consacrant à des traitements maxillo-faciaux, afin de tenir compte de ses limitations et du fait qu'un travail assis en changeant de position était envisageable. Elle a ainsi elle-même adapté son activité professionnelle, ce qui était confirmé par son chiffre d'affaires qui était resté stable entre 2008 et 2011. Dès lors, l'activité de physiothérapeute en rééducation maxillo-faciale permettait à la demanderesse, durant la période considérée, d'exercer son activité à 100% malgré ses limitations. Compte tenu de ces éléments, il n'était pas nécessaire de requérir du service de réadaptation de l'OAI une liste des activités qu'elle pourrait exercer compte tenu de ses limitations fonctionnelles. La défenderesse a ainsi persisté dans ses conclusions prises par acte du 18 février 2013 et requérait l'audition du Dr E\_\_\_\_\_ si la Cour de céans l'estimait nécessaire.
27. Le 8 mai 2013, la Cour de céans a requis de la demanderesse qu'elle lui communique son tarif horaire pratiqué durant les années 2007 à 2012, la durée des séances de physiothérapie dispensées et le récapitulatif du nombre de séances effectivement assurées, chaque année, entre 2007 et 2012.
28. En date du 30 mai 2013, la demanderesse n'a pas fourni les informations sollicitées par la Cour de céans, au motif notamment que la défenderesse pourrait soutenir que ces décomptes ne sont que des allégations et n'ont pas valeur de preuve. En revanche, elle a rappelé que les questions en lien avec sa capacité de travail dans l'activité habituelle avaient été résolues dans l'arrêt du 17 avril 2012, de sorte que ces questions étaient revêtues de l'autorité de chose jugée. Le seul point à élucider, sur lequel la défenderesse avait été invitée par le Tribunal fédéral à fournir une allégation convaincante et pertinente, était celui de ses chances réelles de trouver un emploi tenant compte des limitations fonctionnelles, de son âge et de l'état du marché du travail. La défenderesse s'était déjà exprimée sur ce point dans son écriture du 18 février 2013 et a ensuite explicitement renoncé, le 30 avril 2013, à la seule mesure d'instruction que la Cour de céans avait proposée pour répondre à la question soulevée par le Tribunal fédéral dans le cadre du renvoi de la cause. S'agissant de ses comptes, la défenderesse avait renoncé à s'en prévaloir dans le cadre de la procédure cantonale ayant abouti à l'arrêt du 17 avril 2012, alors que les conditions générales d'assurance lui permettaient en tout temps de les obtenir et qu'elle n'a pas soulevé ce moyen avant les délibérations, de sorte qu'il ne pouvait ainsi plus être soulevé aujourd'hui (art. 229 al. 3 CPC), seule restant litigieuse la question soumise à la Cour de céans par le Tribunal fédéral. La demanderesse a

considéré que l'erreur de la défenderesse était de retenir qu'elle avait travaillé à 100% en 2008 et 2009 alors que tel n'avait pas été le cas. En effet, elle était en pleine capacité de travail à cette période, toutefois, des circonstances personnelles (accidents de ses filles en 2008/2009, divorce, décès dans la famille) ont eu pour conséquence que ses revenus de 2008 et 2009 ont accusé une baisse sensible par rapport au standard dégagé jusqu'alors (cf. comptes 2007). Elle a rappelé qu'un décalage de quelques semaines à plusieurs mois entre le moment où les traitements sont fournis à des clients et le moment où les factures sont réglées était inévitable, raison pour laquelle la perte de gain ne s'était pas manifestée de manière aussi abrupte que s'il s'était agi d'une autre forme d'entreprise. La demanderesse requérait dès lors que la cause soit gardée à juger.

29. Dans ses écritures du 20 juin 2013, la défenderesse a pris acte du refus de la demanderesse de produire son décompte d'heures et le tarif horaire pratiqué dans le cadre de son activité de physiothérapeute entre 2007 et 2012. En outre, alors même que la demanderesse avait allégué qu'elle travaillait à 100% environ avant la survenance de son incapacité de travail, il apparaissait que tel n'avait en réalité pas été le cas durant les années 2008 et 2009. Cela expliquait la raison pour laquelle ses revenus étaient stables depuis 2005 à tout le moins, ce qui résultait notamment de l'aperçu de son compte individuel (ci-après CI), lequel mettait en évidence des revenus compris entre 52'800 fr. et 75'300 fr. pour les années 2005 à 2010. Au vu de son CI, il était difficile d'établir son taux d'activité durant ces années-là, ce qui était encore compliqué par le fait que la demanderesse refusait de fournir les pièces utiles à la détermination de son activité réelle. Partant, dans la mesure où le revenu de la demanderesse avait été stable, avec ou sans incapacité de travail, à l'instar de son taux d'occupation qui semblait avoir été partiel depuis plusieurs années, la défenderesse a conclu que son incapacité de travail n'affectait ni ses revenus ni son taux d'occupation habituel. Cet élément nouveau devait ainsi être pris en considération dans le cadre de l'évaluation de l'activité adaptée qui pourrait être exigée de la demanderesse.
30. En date du 25 juin 2013, la demanderesse a expliqué que les indications qu'elle avait fournies concernant son taux d'activité étaient tout à fait cohérentes. En effet, elle avait bel et bien travaillé à plein temps de janvier à début avril 2010, soit immédiatement avant d'être mise en arrêt de travail à 50%. Les aménagements d'horaires auxquels elle avait dû se résoudre en 2008 et 2009 l'avaient été pour des raisons purement familiales, comme déjà indiqué.
31. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. La compétence de la Cour de céans et la recevabilité de la demande en paiement ont déjà été admises par arrêt du 17 avril 2012, de sorte qu'il n'y sera pas revenu.

2. Le litige porte sur l'octroi d'indemnités journalières postérieurement au 30 septembre 2011. Singulièrement, il porte sur la question de savoir si un changement d'activité peut raisonnablement être exigé de la demanderesse, sur ses chances réelles de trouver un emploi qui tienne compte de ses limitations fonctionnelles, sur ses possibilités de gain et partant, sur le délai d'adaptation qui devrait lui être accordé.
3. A titre préalable, la Cour de céans rappelle les éléments suivants :
  - la demanderesse est au bénéfice d'un contrat d'assurance conclu avec la défenderesse soumis à la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1), de sorte qu'il s'agit d'une assurance complémentaire à l'assurance sociale relevant du droit privé (art. 12 al. 2 et 3 LAMal ; ATF 133 III 439 consid. 2.1) ;
  - la police d'assurance perte de gain maladie, valable entre le 1<sup>er</sup> janvier 2010 et le 31 décembre 2014, prévoit une indemnité journalière de 80% du gain assuré, lequel est fixé à 100'000 fr., durant 750 jours, après un délai d'attente de 30 jours ;
  - aux termes des CGC édition 1/2007 applicables, la ZURICH paie l'indemnité journalière convenue pendant la durée d'incapacité de travail attestée par le médecin, mais au plus tôt après l'expiration du délai d'attente indiqué dans la police (art. 8.4 let. a). De plus, en cas d'incapacité partielle de travail, la ZURICH paie une indemnité journalière proportionnelle au degré d'incapacité. Les jours d'incapacité partielle de travail sont comptés en plein pour le calcul de la durée des prestations et du délai d'attente (art. 8.8). Est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique mentale ou psychique. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession (art. 6).
  - les indemnités journalières ont été versées dès le 12 mai 2010, soit après un délai de 30 jours débutant le 12 avril 2010, date à partir de laquelle la demanderesse était en incapacité de travail à 50%, et ce jusqu'au 30 septembre 2011. L'éventuel droit aux 750 indemnités journalières se termine le 30 avril 2012 (du 12 avril au 31 décembre 2010 : 264 jours ; année 2011 : 365 jours et 1<sup>er</sup> janvier au 30 avril 2012 : 121 jours).
4. D'après l'art. 61 LCA, lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage. S'il y a péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur sur les mesures à prendre et s'y conformer (al. 1). Si l'ayant droit contrevient à son obligation posée à l'alinéa 1 de faire tout

ce qui est possible pour réduire le dommage, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2).

L'obligation de l'assuré de diminuer le dommage découlant de l'art. 61 LCA peut impliquer, dans le domaine de l'assurance des indemnités journalières, l'obligation pour l'assuré de changer d'activité professionnelle, si un tel changement peut raisonnablement être exigé de lui (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 et les arrêts cités).

L'assureur qui entend faire application de l'art. 61 al. 2 LCA doit inviter l'assuré à changer d'activité et lui impartir pour cela un délai d'adaptation approprié pour s'accommoder aux nouvelles conditions ainsi que pour trouver un emploi; en règle générale, un délai de trois à cinq mois doit être considéré comme adéquat (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 p. 531 et les arrêts cités; cf. aussi: arrêt 5C.74/2002 du 7 mai 2002 consid. 3a et c).

Il incombe à l'assureur, qui n'entend pas indemniser la totalité du dommage subi par l'assuré, de prouver que celui-ci a violé son devoir de réduire le dommage (cf. art. 8 CC; PETER DIENER, Verminderung von Gefahr und Schaden im Versicherungsvertragsverhältnis, 1970, p. 106). A cet égard, il lui appartient de démontrer que les mesures tendant à diminuer le dommage qui n'ont pas été prises par l'assuré pouvaient raisonnablement être exigées de celui-ci (HÖNGER/SÜSSKIND, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, no 30 ad art. 61 LCA; DIENER, op. cit., p. 106).

La réduction de l'indemnité est exclue s'il n'est en réalité pas possible de réduire le dommage par un changement d'activité professionnelle, une personne raisonnable - non couverte par une assurance - placée dans la même situation n'envisageant à l'évidence pas de changer d'activité dans ces conditions (sur le critère cf. arrêt 5C.74/2002 déjà cité consid. 3c; HÖNGER/SÜSSKIND, op. cit., no 15 ad art. 61 LCA; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3e éd. 1995, p. 344 et les références).

5. a) Pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal, la procédure simplifiée s'applique (art. 243 al. 2 let. f du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 – CPC, RS 272) et la Cour établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC). Lorsqu'il doit établir les faits d'office, le tribunal admet des faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 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 p. 238).

b) Par ailleurs, la maxime inquisitoire laisse le juge libre dans sa manière d'apprécier les preuves et ne lui interdit pas de renoncer à un moyen de preuve par appréciation anticipée. Ni la maxime inquisitoire, ni d'ailleurs le droit à la preuve d'une partie ne sont violés lorsque le juge refuse une mesure probatoire parce qu'il est déjà convaincu qu'une allégation de fait a été établie ou réfutée (en matière de droit à la preuve, ATF 129 III 18 consid. 2.6 et les arrêts cités). 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 porter un jugement valable sur le droit litigieux (ATF 4A\_253/2007 du 13 novembre 2007, consid. 4.2).

c) Au surplus, la maxime inquisitoire sociale ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve (arrêt 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 non publié 4C.386/2006 du 18 avril 2007 consid. 4.1 ; ATF 130 III 321 consid. 3.1). En tant que règle sur le fardeau de la preuve, elle 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). Si, à l'issue de l'appréciation des preuves, le juge reste dans le doute, il ne doit appliquer l'art. 8 CC que s'il n'existe pas une règle spéciale de droit fédéral instituant une présomption (ATF 130 III 321 consid. 3.1). Dès lors qu'il conclut qu'une preuve est apportée, le juge n'a plus à appliquer des règles sur le fardeau de la preuve, à l'exemple de l'art. 8 CC, ou des règles instituant des présomptions.

d) En ce qui concerne la preuve, le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent

un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Il y a vraisemblance prépondérante lorsqu'il est possible que les faits pertinents se soient déroulés différemment, mais que les autres possibilités ou hypothèses envisageables n'entrent pas raisonnablement en considération (ATF non publié 4A\_193/2008 du 8 juillet 2008 consid. 2.1.2; ATF 130 III 321 consid. 3.3 et les références citées). Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

6. a) La plupart des éventualités assurées (par exemple la maladie, l'accident, l'incapacité de travail, l'invalidité, l'atteinte à l'intégrité physique ou mentale) supposent l'instruction de faits d'ordre médical. Or, pour pouvoir établir le droit de l'assuré à des prestations, l'administration ou le juge a besoin de documents que le médecin doit lui fournir. L'appréciation des données médicales revêt ainsi une importance d'autant plus grande dans ce contexte (ATF 122 V 158 consid. 1b et les références ; SPIRA, La preuve en droit des assurances sociales, in : Mélanges en l'honneur de Henri-Robert SCHÜPBACH, Bâle 2000, p. 268).

b) Selon le principe de la libre appréciation des preuves, le juge apprécie librement les preuves médicales qu'il a recueillies, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Le juge doit examiner objectivement tous les documents à disposition, quelle qu'en soit la provenance, puis décider s'ils permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. S'il existe des avis contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion plutôt qu'une autre. En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant c'est que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et qu'enfin, les conclusions de l'expert soient dûment motivées. Au demeurant, l'élément déterminant pour la valeur probante n'est ni l'origine du moyen de preuve ni sa désignation comme rapport ou comme expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 125 V 351 consid. 3a, 122 V 157 consid. 1c et les références ; ATF non publié du 23 juin 2008, 9C\_773/2007, consid. 2.1).

c) Le juge peut accorder pleine valeur probante aux rapports et expertises établis par les médecins des assureurs aussi longtemps que ceux-ci aboutissent à des résultats convaincants, que leurs conclusions soient sérieusement motivées, que ces

---

avis ne contiennent pas de contradictions et qu'aucun indice concret ne permette de mettre en cause leur bien-fondé. Le simple fait que le médecin consulté est lié à l'assureur par un rapport de travail ne permet pas encore de douter de l'objectivité de son appréciation ni de soupçonner une prévention à l'égard de l'assuré. Ce n'est qu'en présence de circonstances particulières que les doutes au sujet de l'impartialité d'une appréciation peuvent être considérés comme objectivement fondés. Étant donné l'importance conférée aux rapports médicaux dans le droit des assurances sociales, il y a lieu toutefois de poser des exigences sévères quant à l'impartialité de l'expert (ATF 125 V 351 consid. 3b/ee ; ATFA non publié du 13 mars 2000, I 592/99).

d) S'agissant de la valeur probante des rapports établis par les médecins traitants, le juge peut et doit tenir compte du fait que, selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier. Ainsi, la jurisprudence accorde plus de poids aux constatations faites par un spécialiste qu'à l'appréciation de l'incapacité de travail par le médecin de famille (ATF 125 V 351 consid. 3b/cc et les références ; RJJ 1995, p. 44 ; RCC 1988 p. 504 consid. 2).

e) Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n. 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d).

7. a) En l'occurrence, au niveau médical, la Cour de céans s'est fondée, dans son arrêt du 17 avril 2012, sur l'expertise du Dr E\_\_\_\_\_ du 18 juillet 2011 pour conclure à une pleine capacité de travail de la demanderesse dans une activité adaptée depuis le 6 juin 2011. En particulier, les autres médecins ne s'étaient pas prononcés sur la capacité de travail dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles et leurs rapports n'avaient pas permis de remettre en cause les conclusions du Dr E\_\_\_\_\_.

Le Tribunal fédéral a considéré que le Dr E\_\_\_\_\_ se bornait à affirmer que, d'un point de vue médico-théorique, l'assurée pourrait retrouver une pleine capacité de travail dans une activité adaptée, sans donner aucune indication sur ses chances concrètes de pouvoir exercer une telle activité.

b) Un nouveau rapport de spécialiste a été versé au dossier dans le cadre de l'instruction mise en œuvre par la Cour de céans suite au renvoi de la cause par le

Tribunal fédéral. Il s'agit du rapport du Dr G\_\_\_\_\_, qui a effectué une expertise pour l'OAI et rencontré la demanderesse à deux reprises en novembre 2012. Dans son rapport du 3 janvier 2013, il a posé les diagnostics de lombalgies chroniques sur une discopathie inflammatoire L4-L5 et L5-S1 sévère entraînant une instabilité (rétrolisthesis L4-L5 et L5-S1) irradiant dans les deux fesses, la colonne dorsale et lombaire, présente depuis le mois de février 2010, et une suspicion d'une spondyloarthrite. Ces diagnostics avaient une répercussion sur la capacité de travail. L'expert a notamment expliqué les raisons qui lui ont permis de retenir une suspicion de spondyloarthrite et a proposé au médecin traitant de discuter avec le rhumatologue de l'instauration d'un traitement de fond de Methotrexate ou d'anti-TNF. Il a estimé que la capacité de travail de la demanderesse était limitée à 50% dans toutes les activités, étant précisé que ses limitations fonctionnelles concernaient le port de charges de plus de 2 kilogrammes, les mouvements répétés du rachis, la position en porte-à-faux et les positions debout statiques prolongées et qu'elle devait pouvoir changer de position toutes les 45 minutes et « d'étendre » toutes les 4 heures, durant une heure.

Le Dr E\_\_\_\_\_ s'est prononcé sur les constatations du Dr G\_\_\_\_\_ dans un complément d'expertise daté du 26 mars 2013, remettant en cause tant ses constatations que ses conclusions.

Si le rapport du Dr G\_\_\_\_\_ est fondé sur une anamnèse familiale, médicale et professionnelle de la demanderesse, sur son dossier médical, les documents radiologiques et sur ses plaintes et s'il expose les raisons conduisant à retenir les diagnostics, ses conclusions concernant la capacité de travail ne sont pas suffisamment motivées. En effet, cet expert conclut en substance que dans la mesure où la demanderesse avait adapté son activité de physiothérapeute en se concentrant sur la rééducation maxillo-faciale, activité assimilable à une activité de bureau et lui permettant de respecter ses limitations fonctionnelles, elle ne pouvait pas travailler à plus de 50% dans une activité adaptée, tel qu'elle le faisait actuellement. Dès lors, l'expert n'a pas apporté d'explication circonstanciée quant à l'influence objective que jouent les atteintes constatées sur la capacité de travail de la demanderesse, mais justifie sa position sur les déclarations de celle-ci. Son rapport ne saurait ainsi se voir reconnaître pleine valeur probante au sens de la jurisprudence, de sorte que la Cour de céans ne peut pas se fonder sur son rapport pour déterminer concrètement quelle est la capacité de travail dans une activité adaptée.

Quant au Dr E\_\_\_\_\_, il a certes persisté, dans son rapport complémentaire de mars 2013, que la capacité de travail de la demanderesse était 50% dans l'activité habituelle et de 100% dans une activité adaptée, en expliquant notamment que les données d'imagerie médicale montraient un status clinique quasi constant depuis son expertise de 2011 et que le traitement qu'il préconisait ne pouvait qu'améliorer l'état de santé de la demanderesse et le stabiliser. Il a toutefois essentiellement

justifié les limitations fonctionnelles par des considérations d'ordre général et ne concernant pas la demanderesse de manière spécifique. En effet, il a confirmé les limitations fonctionnelles mentionnées dans son rapport d'expertise, en disant qu'il s'agissait de limitations mécaniques propres aux troubles dégénératifs du rachis, que toute personne dans un poste de travail classique prenait au moins quelques minutes de pause toutes les heures et toutes les deux heures et qu'une personne avec un rachis dégénératif doit se lever environ 5 minutes par heure, parfois un peu plus, le temps de se détendre. Par ailleurs, on ne comprend pas les raisons qui permettent au Dr E\_\_\_\_\_ de retenir que la demanderesse pourrait, dans le cadre d'une formation professionnelle, rester environ 10 à 20% debout et 80 à 90% assise ou inversement. Enfin, il convient de relever que cet expert a remis en cause de manière inadaptée le rapport du Dr G\_\_\_\_\_, en usant dans son rapport de tournures ironiques et inappropriées propres à remettre en cause les capacités professionnelles du Dr G\_\_\_\_\_ – exemples : « le manque de rigueur est criard » ; « un travail d'expert est précisément d'aller au bout de la démarche diagnostique avant d'affirmer quoi que ce soit ; surtout quand on prend le temps et la rémunération de voir une personne expertisée deux fois de suite » ; « est-ce finalement bien une expertise que nous avons sous les yeux ? ». L'ensemble de ces éléments sont de nature à ébranler sérieusement la crédibilité de l'expertise, de sorte qu'il n'est raisonnablement pas possible d'en suivre les conclusions. Quoi qu'il en soit, il sera constaté que l'expert affirme toujours, d'un point de vue médico-théorique, que la capacité de travail de la demanderesse est de 100% dans une activité adaptée à son état de santé et qu'il ne donne pas d'indication sur ses chances concrètes de pouvoir exercer une telle activité (cf. ATF 4C\_304/2012 consid. 2.4).

Il n'est ainsi pas possible de résoudre, sur la base des rapports des experts-médecins au dossier, la question pour laquelle le Tribunal fédéral a renvoyé la cause à la Cour de céans.

Une audition du Dr E\_\_\_\_\_ en particulier, qui a été requise par la défenderesse, n'est pas nécessaire compte tenu des éléments qui suivent.

8. a) Il convient ci-après de discuter si un changement d'activité pouvait être raisonnablement exigible de la demanderesse ainsi que de la question de ses chances réelles de trouver un emploi tenant compte de ses limitations fonctionnelles, de ses possibilités de gain et d'un éventuel délai de réadaptation.

La demanderesse, âgée de 48 ans en 2011 et de 49 ans en 2012, a effectué une formation de physiothérapeute qu'elle a terminée durant l'année 1989, puis a suivi des formations continues chaque année. Elle a travaillé aux HUG de 1989 à 2000, après quoi elle a exercé l'activité de physiothérapeute à titre indépendant, dans les domaines de la rééducation maxillo-faciale, les traitements de céphalées de tension, les traitements rhumatologiques (incluant la rééducation posturale) et les

traitements orthopédiques/traumatiques. Suite au développement de ses troubles lombaires en 2010, la demanderesse a concrètement adapté son activité de physiothérapeute, afin de tenir compte de ses limitations fonctionnelles en découlant, en concentrant son activité sur la rééducation maxillo-faciale.

La Cour de céans considère qu'à l'âge de 48-49 ans, alors qu'une personne a exercé une activité indépendante durant une dizaine d'années, il semble difficile d'exiger d'elle qu'elle change d'activité lucrative et notamment qu'elle débute une activité lucrative salariée dans un nouveau domaine d'activité dans lequel elle n'a jamais pratiqué. La modification d'activité est d'autant plus compliquée qu'elle se double d'un changement de statut, qui implique une perte de liberté, en tant qu'elle devrait dorénavant suivre les instructions d'une tierce personne dans le cadre d'une activité salariée. Les limitations fonctionnelles retenues sont également un facteur qui rend en pratique plus difficile toute reconversion professionnelle. Par ailleurs, il convient également de tenir compte de l'investissement de la demanderesse dans sa profession de physiothérapeute, en ce sens qu'elle a dû développer des relations avec les médecins pour que ceux-ci lui envoient des patients et qu'elle a continué à se former depuis qu'elle a obtenu son diplôme en suivant annuellement plusieurs formations continues. Qui plus est, la demanderesse continue à exercer cette activité alors même qu'elle ne touche plus d'indemnités journalières (cf. par exemple local.ch, tel.search.ch, etc), ce qui est un indice de ce que ferait une personne raisonnable face au choix de changer ou non de profession suite à une atteinte à la santé affectant son activité habituelle. Enfin, la défenderesse l'a avertie au mois de juin 2011 qu'elle allait arrêter de lui verser des indemnités journalières au mois de septembre 2011. Au-delà du fait qu'un tel délai paraît effectivement en pratique court lorsqu'il s'agit de remettre son cabinet à un éventuel successeur, la période durant laquelle des indemnités pouvaient encore être versées était d'un peu plus de 10 mois depuis le 21 juin 2011, puisque la fin d'un éventuel droit aux prestations – de 750 jours – a été fixée au 30 avril 2012. Un tel délai est manifestement trop court pour qu'une formation complémentaire ou une reconversion soit entreprise et permette à la demanderesse de débiter une nouvelle activité adaptée à son état de santé avant la fin de ce délai. En particulier, comme le relève la demanderesse, une nouvelle formation avec obtention d'un CFC dure en tous cas les trois ans et les formations continues en cours d'emploi sont rarement inférieures à un an (cf. par exemple : CAS en neuroréhabilitation ou en physiothérapie cardiorespiratoire <http://postgrade.hesav.ch/formation-continue-et-postgrade/formation/cas-hesav/>).

Quant à la défenderesse, elle admet implicitement que la demanderesse n'avait pas à changer d'activité lucrative dans la mesure où elle soutient qu'elle pouvait continuer à exercer son activité de physiothérapeute dans des domaines adaptés à son état de santé, tel que celui de la réadaptation maxillo-faciale.

La Cour de céans conclut, au vu de ces éléments, qu'un changement d'activité ou de profession n'était pas raisonnablement exigible de la demanderesse et qu'une personne raisonnable n'envisagerait pas, tout comme la demanderesse, un changement d'activité dans ces conditions.

b) Se pose encore la question de savoir si la demanderesse a pris les mesures nécessaires pour diminuer son dommage dans sa profession de physiothérapeute indépendante et si elle pouvait concrètement exercer une activité à plus de 50%.

Tout d'abord, tous les médecins ayant examiné la demanderesse ont estimé qu'elle ne présentait qu'une capacité de travail de 50% dans son activité habituelle de physiothérapeute.

Par ailleurs, la défenderesse soutient que les revenus de la demanderesse étaient stables depuis 2005 en se basant sur les comptes de celles-ci, de sorte qu'elle ne subissait pas de perte de gain dans sa profession de physiothérapeute. De plus, l'activité dans le domaine de la rééducation maxillo-faciale était susceptible, d'après la défenderesse, d'être exercée à 100%.

En ce qui concerne le premier argument, la demanderesse estime que la défenderesse avait renoncé à se prévaloir des éléments résultant de ses comptes durant la procédure cantonale ayant abouti à l'arrêt du 17 avril 2012, de sorte qu'elle ne pouvait plus soulever ce moyen aujourd'hui en se fondant sur l'art. 229 al. 3 CPC.

A cet égard, la défenderesse a sollicité, d'une part, la production des comptes de la demanderesse dans sa réponse à la demande en paiement du 16 janvier 2012, de sorte que les allégations de la demanderesse sont visiblement erronées. D'autre part, il sera constaté que la Cour de céans établit les faits d'office, que la maxime inquisitoire sociale s'applique et que le Tribunal fédéral a annulé l'arrêt de la Cour de céans du 17 avril 2012 et lui a renvoyé la cause pour instruction et nouvelle décision. Partant, des faits et moyens de preuve nouveaux au sens de l'art. 229 al. 3 CPC peuvent être librement introduits jusqu'à ce que la cause soit gardée à juger.

Il apparaît dès lors que les comptes de la demanderesse mettent en exergue que le montant de ses honoraires a diminué entre les années 2005/2006/2007 (109'040.25/103'381.42/109'944.59), années durant lesquelles il n'est pas contesté qu'elle a travaillé à 100%, et les années 2011 et 2012 (70'467.65/60'684.98). Cette diminution est d'environ 35% pour 2011 et de 44% pour 2012. Quant à son bénéfice (après cotisations), il a diminué de plus de 50% entre les années 2005/2006/2007 (58'211.56/51'885.36/61'077.44) et les années 2011 et 2012 (25'595.75/20'613.38). Dès lors, contrairement à ce qu'allègue la défenderesse, les revenus de la demanderesse ne sont de loin pas restés stables, mais ont au contraire baissé de manière importante, ce qui est un indice de la diminution de la capacité de travail de la demanderesse.

---

Quoi qu'il en soit, la Cour de céans rappelle que l'indemnité journalière est due, d'après les CGC de la défenderesse, pendant la durée de l'incapacité de travail attestée par un médecin, et ce proportionnellement à l'incapacité de travail (art. 6 et 8). Par conséquent, comme il est établi que la demanderesse était en incapacité de travail à 50% dans son activité habituelle durant toute la période concernée, soit du 1<sup>er</sup> octobre 2011 au 30 avril 2012, elle a en principe le droit à une indemnité journalière à hauteur de 50% durant cette période.

Il convient encore de se demander, comme le soutient la défenderesse, si l'activité de physiothérapeute en rééducation maxillo-faciale était susceptible d'être exercée à 100%. Avant le mois d'avril 2010, la demanderesse exerçait son activité dans les quatre domaines suivants : la rééducation maxillo-faciale, les traitements de céphalées de tension, les traitements rhumatologiques (incluant la rééducation posturale) et les traitements orthopédiques/traumatiques. Ses atteintes touchant essentiellement le rachis lombaire et ses limitations fonctionnelles concernant en substance, d'après les rapports des médecins au dossier, le port de charges, les stations debout et assise prolongées et la position en porte-à-faux lombaire et cervical, elle a décidé de se concentrer sur les traitements de rééducation maxillo-faciale (cf. rapport du Dr G\_\_\_\_\_). En effet, les trois autres domaines d'activité rentrent à l'évidence en conflit avec les limitations fonctionnelles exposées. Il résulte de ces éléments que la demanderesse a manifestement adapté son activité lucrative de physiothérapeute, afin de tenir compte de ses atteintes somatiques. Certes, elle n'a pas explicité si elle n'exerçait que la rééducation maxillo-faciale ou si elle continuait également à effectuer des traitements dans ses trois autres domaines d'activité – ce qui semble le plus vraisemblable au vu des déclarations du Dr G\_\_\_\_\_ – il apparaît toutefois qu'elle a pris les mesures nécessaires, et les seules qu'elle pouvait immédiatement prendre dans son activité de physiothérapeute, afin de lui permettre de continuer à exercer son activité habituelle et de diminuer son dommage. Qui plus est, on peut douter que la spécificité des traitements maxillo-faciaux permette à la demanderesse d'avoir une clientèle à plus de 50%. Compte tenu de ces éléments et du fait qu'il résulte des rapports médicaux que la capacité de travail de la demanderesse est de 50% dans son activité habituelle, c'est cette capacité de travail de 50% qui doit être retenue, de sorte qu'elle a droit à une indemnité journalière de 50%. Le grief de la défenderesse sera dès lors rejeté.

c) Pour le surplus, selon les considérants du Tribunal fédéral, il appartient à l'assureur, qui ne veut pas indemniser la totalité du dommage subi par l'assurée, de prouver que celle-ci n'a pas pris les mesures raisonnablement exigibles tendant à diminuer son dommage (consid. 2.3 de l'ATF 4A\_304/2012). Toutefois, force est de relever qu'une telle preuve n'a pas été rapportée. En particulier, la défenderesse, qui a contesté qu'une telle preuve lui incombait, n'a ni prouvé ni même allégué quelles activités autres que celle de physiothérapeute la demanderesse était susceptible d'exercer et n'a d'ailleurs pas déterminé le revenu qu'elle pourrait

concrètement obtenir d'une telle activité. Elle a également estimé qu'il n'était pas nécessaire de requérir du service de réadaptation de l'OAI une liste des activités que la demanderesse pourrait exercer compte tenu de ses limitations fonctionnelles, de sorte qu'une telle mesure d'instruction n'a finalement pas été ordonnée.

Dès lors que le fardeau de la preuve incombait à la défenderesse et au vu de tous les éléments exposés ci-dessus, la demande en paiement ne peut être qu'admise.

d) La demanderesse sera ainsi mise au bénéfice d'indemnités journalières à 50% pour toute la période courant du 1<sup>er</sup> octobre 2011 au 30 avril 2012.

Le montant de l'indemnité journalière ayant été fixé à 109 fr. 59 par arrêt du 17 avril 2012, la demanderesse a droit au versement d'une somme de 23'342 fr. 65 (109.59 x 213 [1<sup>er</sup> octobre au 31 décembre 2011 : 92 jours et 1<sup>er</sup> janvier au 30 avril 2012 : 121]).

9. Pour ce qui est des intérêts moratoires, 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. En l'espèce, on peut considérer, au vu de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, que ce n'est que suite à réception du dossier de l'OAI, des comptes de 2010 à 2012 de la demanderesse, et finalement de l'expertise du Dr E\_\_\_\_\_ envoyée à la défenderesse en date du 9 avril 2013 et reçue au plus tôt le 10 avril 2013, que celle-ci disposait des éléments permettant d'établir le montant de la totalité des indemnités journalières dues.

Pour qu'une créance d'assurance produise des intérêts moratoires, il ne suffit toutefois pas qu'elle soit exigible. Encore faut-il que l'assureur soit en demeure, en principe à la suite d'une interpellation au sens de l'art. 102 al. 1 CO (JÜRIG NEF, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n° 20 ad art. 41 LCA et les références). En l'occurrence, la demanderesse a manifesté pour la première fois sa volonté de recevoir les indemnités journalières lors de sa demande en paiement en octobre 2011.

Dès lors, on peut considérer que l'intérêt moratoire est dû quatre semaines après le 10 avril 2013, soit dès le 8 mai 2013.

Par ailleurs, l'assureur qui est en demeure doit l'intérêt moratoire au taux de 5 % l'an (art. 104 al. 1 CO; arrêt 4A\_307/2008 du 27 novembre 2008 consid. 6.3.1).

10. En conclusion, le montant de 23'342 fr. 65 encore dû par la défenderesse portera intérêts à 5 % l'an dès le 8 mai 2013.
11. 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). A Genève, le règlement fixant le

tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RTFMC ; RS E 1 05.10) détermine notamment le tarif des dépens, applicable aux affaires civiles contentieuses (art. 1 RTFMC).

La demanderesse, représentée par un conseil, obtenant gain de cause, la défenderesse est condamnée à lui verser une indemnité de 3'000 fr. à titre de dépens, TVA et débours inclus (art. 106 al. 1 CPC ; art. 20 à 23 de la loi d'application du code civil et du code des obligations du 7 mai 1981 [LaCC ; RS 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**

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. Admet la demande en paiement, en ce sens que la ZURICH COMPAGNIE D'ASSURANCES SA est condamnée à verser à l'assurée des indemnités journalières du 1<sup>er</sup> octobre 2011 au 30 avril 2012, d'un montant de 23'342 fr. 65, avec intérêts à 5% dès le 8 mai 2013.
3. Condamne la ZURICH COMPAGNIE D'ASSURANCES SA à verser à l'assurée une indemnité de 3'000 fr. à titre de dépens.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. 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

Irène PONCET

Sabina MASCOTTO

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