

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3503/2017

ATAS/424/2019

**COUR DE JUSTICE**  
**Chambre des assurances sociales**

**Arrêt du 14 mai 2019**

**1<sup>ère</sup> Chambre**

En la cause

Madame A\_\_\_\_\_, domiciliée à GENÈVE, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître Thierry STICHER

demanderesse

contre

SWICA ASSURANCE-MALADIE SA, sise Römerstrasse 38,  
WINTERTHUR

défenderesse

**Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; Christine LUZZATTO et Christian PRALONG, Juges assesseurs**

---

---

**EN FAIT**

1. Madame A\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée), née le \_\_\_\_\_ 1965, travaillait depuis le 4 décembre 2006 en tant que caissière à B\_\_\_\_\_. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, son taux d'occupation correspondait à un 73,17%, soit 30 heures par semaine. Son contrat a été résilié pour le 28 février 2017.
2. À ce titre, elle était assurée par son employeur auprès de SWICA Assurance-maladie SA (ci-après : SWICA ou l'assurance) pour une assurance d'indemnités journalières maladie soumise à la loi sur le contrat d'assurance (LCA), prévoyant le versement d'indemnités journalières correspondant à 90% du salaire, durant 730 jours, aucun délai d'attente n'étant prévu (police n° \_\_\_\_\_).
3. L'assurée a pris un congé sans solde du 1<sup>er</sup> février au 30 avril 2016.
4. Dès le 24 février 2016, elle a été en incapacité totale de travailler. Des certificats médicaux dans ce sens ont été établis, dans un premier temps, par la doctoresse C\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie (jusqu'au 26 juin 2016), puis, suite à l'hospitalisation de cette dernière, par la doctoresse D\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie (dès le 19 juillet 2016).
5. Le 1<sup>er</sup> juillet 2016, l'employeur de l'assurée a porté l'incapacité de travail de celle-ci à la connaissance de l'assurance.
6. Par courrier du 18 juillet 2016, SWICA a informé l'assurée qu'elle ne pouvait pas statuer sur la demande de prestations compte tenu de deux certificats établis postérieurement à la période qu'ils couvraient. L'assurance a, par conséquent, sollicité des explications complémentaires, que l'assurée a données par courrier du 26 juillet 2016. Il en ressort notamment qu'elle n'avait pas d'autre activité lucrative et qu'elle n'avait pas travaillé, que ce soit à temps complet ou à temps partiel, pendant son incapacité de travail à 100% à compter du 1<sup>er</sup> mai 2016.
7. SWICA n'ayant pas versé d'indemnités journalières, l'assurée a sollicité de son employeur, par courriers des 24 et 25 août 2016, le versement de son salaire pendant son incapacité de travail pour cause de maladie.
8. Sur mandat de l'assurance, le docteur E\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en neurologie, psychiatrie et psychothérapie, a procédé à un examen de l'assurée. Selon son rapport du 26 septembre 2016, l'assurée souffrait d'un trouble de l'adaptation avec prédominance de la perturbation d'autres émotions (F43.23 ; avec répercussion sur la capacité de travail) et d'une personnalité avec des traits émotionnellement immatures, évitants et narcissiques accentués (Z73.1 ; sans répercussion sur la capacité de travail). Les symptômes du trouble de l'adaptation s'étaient installés suite à une situation professionnelle conflictuelle et insatisfaisante et étaient, apparemment, à l'origine de l'incapacité de travail depuis le 24 février 2016. Hormis la souffrance subjective, les plaintes de l'assurée étaient souvent dramatiques et exagérées. Par ailleurs, elle présentait également une forte et évidente tendance de reconnaissance de sa souffrance et de son vécu. Une

---

amélioration notable de l'atteinte à la santé pouvait encore être attendue. Cela étant, une clarification de la situation professionnelle était primordiale, soit par médiation, soit par mutation interne ou encore par résiliation des rapports de travail. Il s'agissait cependant d'un problème non médical. En mobilisant toute sa bonne volonté et en définissant des priorités, l'assurée était capable de reprendre son activité professionnelle immédiatement, à 50% dans un premier temps, puis à 80% à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2016 et finalement à 100% à partir du 1<sup>er</sup> décembre 2016 au plus tard. Du point de vue psychiatrique, il n'y avait aucune limitation fonctionnelle.

9. Par courrier du 30 septembre 2016, SWICA a informé l'assurée qu'elle avait découvert que cette dernière avait été inscrite au registre du commerce de Genève en tant que titulaire avec signature individuelle [d'une entreprise individuelle dont le but était l'exploitation d'un restaurant et d'une boutique d'articles de cadeaux] alors qu'elle était réputée être dans l'incapacité totale de travailler. Or, elle n'avait pas signalé ce fait quand bien même cela aurait pu avoir une influence sur les prestations dues. Un délai lui était dès lors imparti pour faire valoir sa position. Dans l'intervalle, son droit aux prestations était suspendu.
10. Le 7 octobre 2016, sous la plume d'Unia, l'assurée a expliqué que le 29 février 2016, pendant son congé sans solde, elle avait conclu un contrat de gérance libre pour un restaurant sis à Chêne-Bougeries. La demande d'inscription de l'entreprise individuelle au registre du commerce avait été déposée le 25 avril 2016 mais le registre du commerce avait refusé d'entrer en matière. Elle avait donc renoncé au projet d'exploitation d'un restaurant, ce dont elle avait informé ledit registre par courrier du 11 juillet 2016. Le 30 septembre 2016, elle avait sollicité la radiation de son inscription. En résumé, elle avait entrepris les démarches en vue de l'exploitation d'un restaurant pendant son congé sans solde. L'activité n'avait toutefois pas débuté. Elle n'avait donc jamais exercé une activité lucrative durant son incapacité de travail, raison pour laquelle elle sollicitait le versement des indemnités journalières pour les mois d'août et de septembre 2016.

En annexe figuraient notamment le contrat de gérance, un courrier de l'assurée daté du 11 juillet 2016 adressé au registre du commerce de Genève pour lui indiquer qu'elle renonçait à exploiter le restaurant, le courrier de l'office cantonal des assurances sociales, du 15 juillet 2016, faisant état du classement du dossier de l'assurée et la requête de radiation de l'entreprise individuelle, datée du 30 septembre 2016.

11. Par courrier du 14 novembre 2016, SWICA a formellement fait valoir une prétention frauduleuse. Après avoir résumé l'historique médical de l'assurée, l'assurance a considéré que temporellement parlant, les préparatifs accomplis en vue de l'exploitation d'une entreprise de restauration avait débordé bien au-delà de la période de vacances. La publication de la feuille officielle suisse du commerce (FOSC), relative au pouvoir de signature de l'assurée, avait été effectuée le 28 juin 2016. Ces éléments révélaient que l'assurée avait l'intention d'exploiter un

---

restaurant de manière indépendante. De plus, elle y était personnellement tenue en vertu d'un contrat de bail à loyer ou à ferme pour une période de trois ans. Au vu de ces éléments, SWICA était d'avis que les problèmes de santé de l'assurée pouvaient ne pas avoir existé ou qu'ils étaient, à tout le moins, d'une gravité moindre que celle alléguée. Par ailleurs, l'assurée avait sciemment négligé son devoir d'annoncer la reprise, à tout le moins partielle, d'activités assimilables à un travail, non seulement à son employeur, mais également à SWICA et aux médecins traitants. Dans de telles circonstances, l'assurance n'était plus liée contractuellement et elle était dès lors en droit de refuser toute prise en charge. L'assurée était par conséquent exclue du contrat collectif d'assurance indemnités journalières conclu par l'employeur et ce à compter du 1<sup>er</sup> mai 2016 et n'avait aucun droit à des prestations à compter de cette date. L'assurance était enfin prête à renoncer à réclamer les frais d'expertise médicale encourus sans reconnaissance de responsabilité aucune.

12. Sous la plume d'UNIA, l'assurée a considéré, dans un courrier du 24 novembre 2016, que seul un médecin était à même de déterminer si son état de santé était compatible avec la signature d'un contrat de gérance libre valable à compter du 1<sup>er</sup> mars 2016. Lors des préparatifs, elle espérait encore que son état de santé s'améliore pour la date où l'activité du restaurant aurait pu commencer. Elle avait finalement dû renoncer à cette activité.
13. Par courrier du 13 décembre 2016, SWICA a encore précisé que le restaurant « G \_\_\_\_\_ » était prêt à être exploité, alors que l'assurée était censée se trouver en incapacité totale de travailler. Par ailleurs, selon la lettre qu'elle avait adressée au registre du commerce, elle renonçait à l'exploitation du restaurant non pas en raison de problèmes de santé, mais compte tenu du refus d'entrer en matière de cette autorité. Le 20 juillet 2016, un employé de SWICA s'était rendu à l'adresse du restaurant et avait pu remarquer une pancarte dont il ressortait que le restaurant était fermé du 11 au 31 juillet 2016 pour causes de vacances. On pouvait ainsi en déduire que le restaurant avait été exploité avant le 11 juillet, soit antérieurement au retrait de la demande d'autorisation d'exploiter. Cela signifiait également que tous les préparatifs en vue de l'exploitation dudit restaurant avaient été entrepris et menés à bien. L'enseigne lumineuse du restaurant était allumée et l'ajout « G\_\_\_\_\_ » avait été apporté sur la boîte aux lettres du propriétaire et bailleur. Ces éléments laissaient ainsi entendre que « l'exploitation du restaurant sur le plan administratif à laquelle [l'assurée] s'était engagée personnellement dans le cadre du contrat de gérance libre (art. 4) était bel et bien assurée ». Pour SWICA, il n'était ni possible ni autorisé à l'assurée de préparer l'ouverture d'un restaurant alors qu'elle était totalement incapable de travailler. Il s'agissait en effet d'une activité assimilable à un travail qui ne lui avait pas été annoncée.
14. Le 30 janvier 2017, sous la plume d'UNIA, l'assurée a, une nouvelle fois, contesté la position de SWICA, relevant que la naissance du projet et la négociation du contrat étaient antérieures au 24 février 2016. La prise de gérance ne coïncidait pas

avec la date de signature du contrat et aucune activité n'avait été développée. L'exploitation du restaurant devait lui permettre de quitter son emploi à la B\_\_\_\_\_ et ainsi d'éviter une éventuelle incapacité de travail. En abandonnant le projet et en refusant de signer le contrat déjà négocié, elle aurait failli à son obligation de réduire son dommage alors que ce projet aurait été bénéfique pour sa santé psychique et, partant, pour sa capacité de travail.

15. SIWCA a persisté dans sa position par courrier du 3 février 2017.
16. Par courrier du 13 avril 2017, l'assurée, sous la plume de son conseil, a relevé que même le médecin mandaté par l'assurance avait retenu une incapacité de travail. Elle avait été victime de violations, par son employeur, de son obligation de protéger sa personnalité dans les rapports de travail. Cela s'était répercuté sur sa santé. Le seul éloignement de son lieu de travail n'avait toutefois pas suffi et elle avait dû consulter un psychiatre. Elle n'avait demandé des indemnités journalières qu'à la fin de son congé sans solde, soit dès le 1<sup>er</sup> mai 2016. Or, pendant toute cette période, même le médecin mandaté par SWICA, dont elle contestait toutefois partiellement les conclusions, n'avait pas remis en question son incapacité de travail. Parallèlement, en compagnie de son mari, elle avait souhaité aider son fils à s'insérer dans la vie active en ouvrant un restaurant. Il était alors prévu que son fils y travaille à plein temps, avec l'aide du frère de l'assurée, titulaire de la patente. Quant à l'assurée, elle avait projeté d'y travailler à 30% (étant rappelé qu'elle travaillait à 70% pour B\_\_\_\_\_). C'était son époux qui avait activement et quasi-exclusivement participé aux négociations avec le propriétaire du fonds de commerce. C'était également son époux qui lui avait présenté le contrat de gérance, qu'elle avait uniquement signé. De menus travaux avaient été entrepris. Toutefois, en raison des difficultés pour l'obtention des autorisations administratives, il avait été mis fin au projet sans que l'activité du restaurant puisse démarrer. L'époux de l'assurée avait ainsi entamé les discussions avec le propriétaire du fonds, qui avait accepté de reprendre le restaurant moyennant toutefois un loyer-gérance payé jusqu'à la fin du mois d'août. Dans ce contexte, le propriétaire du fonds de commerce avait préféré mentionner sur la porte le fait que l'établissement était en vacances, afin de ne pas perdre définitivement la clientèle. Au demeurant, l'assurée n'avait jamais eu l'intention d'induire SWICA en erreur, étant donné qu'elle n'avait fait qu'apposer sa signature sur un document qu'elle n'avait pas négocié, à une période où elle était en congé sans solde.
17. SWICA a maintenu sa position par courriel du 12 mai 2017.
18. Le 24 août 2017, l'assurée (ci-après : la demanderesse), sous la plume de son conseil, a saisi la chambre de céans d'une demande en paiement dirigée contre SWICA dans laquelle elle a conclu, sous suite de frais et dépens, au versement de CHF 19'053.- avec intérêts à 5% depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Ce montant correspondait aux 304 indemnités journalières dues par l'assurance (ci-après : la défenderesse) pour la période du 1<sup>er</sup> mai 2016 au 28 février 2017, sous déduction d'un montant de CHF 9'966.- versé par l'employeur.

À l'appui de ses conclusions en paiement, la demanderesse a notamment considéré qu'aucun médecin ne s'était prononcé sur une éventuelle incompatibilité entre son état de santé et la signature des documents relatifs au projet de restaurant, projet qui ne s'était au demeurant jamais concrétisé. Par ailleurs, l'incapacité de travail avait été établie par les médecins traitants et par le médecin mandaté par SWICA, pour qui une éventuelle capacité de travail n'existerait que fin septembre à 50% uniquement, avec une reprise progressive, jusqu'à 100% à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2016. Cela étant, elle contestait l'appréciation de la capacité de travail, dès lors que son incapacité s'était prolongée jusqu'au 28 février 2017.

19. La défenderesse a répondu par écriture du 22 septembre 2017 et a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de la demande. À l'appui de ses conclusions, elle a notamment considéré qu'en ne mentionnant pas ses activités tendant à l'ouverture d'un restaurant, la demanderesse avait passé sous silence des faits propres à restreindre son obligation de prester, de sorte que les conditions de la prétention frauduleuse étaient réalisées. Subsidiairement, si une fraude ne devait pas être retenue, la défenderesse considérait que les certificats de la Dresse C\_\_\_\_\_ étaient rétroactifs, que deux d'entre eux comportaient des dates très proches, soit les 6 et 9 juin 2016, alors qu'ils portaient sur des attestations d'incapacité de travail différentes. Enfin, le médecin qu'elle avait mandaté avait conclu à une reprise du travail à 50% dès l'examen, à 80% dès le 1<sup>er</sup> novembre 2016 et à 100% dès le 1<sup>er</sup> décembre 2016. La demanderesse contestait cette appréciation en se référant aux certificats établis par ses médecins. Il convenait toutefois de préférer le rapport complet et détaillé de l'expert aux certificats imprécis. En tout état, la défenderesse concluait à la production du dossier établi par la Dresse C\_\_\_\_\_.
20. Le 16 octobre 2017, la demanderesse a produit sa réplique. Elle a notamment relevé qu'elle avait répondu de manière conforme à la vérité à l'ensemble des questionnaires de l'assurance. Elle s'était également soumise à un examen médical à la demande de l'assurance et avait pleinement collaboré avec le médecin. Elle avait enfin répondu à l'ensemble des questions posées en lien avec le projet lié à l'ouverture d'un restaurant. Cela étant, elle ne voyait pas ce qui l'aurait obligée à annoncer spontanément des actes administratifs accomplis dès février 2016 sans pertinence sur la capacité de travail ou n'ayant débouché sur aucun gain annexe. Au demeurant, la défenderesse ne se fondait sur aucun élément médical lui permettant d'affirmer que la signature d'un document serait incompatible avec son état de santé. La demanderesse s'étonnait également de la position de la défenderesse s'agissant de l'incapacité de travail, dès lors que le médecin qu'elle avait mandaté avait lui-même fait état d'une incapacité de travail. Certes, la période du 24 février au 18 avril 2016 avait été attestée rétroactivement par un certificat du 19 avril 2016. Cela était toutefois sans pertinence dès lors que ladite période correspondait à une période du congé sans solde, qui ne donnait de toute manière droit à aucune prestation de la défenderesse. Concernant la période du 1<sup>er</sup> octobre 2016 au 1<sup>er</sup> février 2017, force était de constater que le Dr E\_\_\_\_\_ avait émis un avis sous

---

la forme d'un pronostic. Par nature, celui-ci ne pouvait être qualifié de certain. Ainsi, « entre un pronostic futur – nécessairement spéculatif – et des certificats médicaux attestant que l'incapacité de travail s'était prolongée au 28 février 2017 (ce qui implique une constatation médicale), il convient de privilégier ces derniers, qui [se basent] sur une analyse effective de la situation à un moment donné et non une simple supposition d'amélioration de l'état de santé ». Au demeurant, le pronostic ne s'était pas réalisé, puisque l'incapacité de travail s'était prolongée jusqu'au 28 février 2017.

21. Quant à la défenderesse, elle a déposé sa duplique en date du 15 novembre 2017 et s'est essentiellement prononcée sur deux points. S'agissant du devoir de renseignement, l'assurance a relevé que selon le contrat de gérance du 29 janvier 2016, l'assurée s'était engagée à « régler [dès le 1<sup>er</sup> mars 2016] tous les achats de marchandises et fournisseurs afférents à cette affaire ainsi que tous les frais liés à l'exploitation de ce restaurant tels que SIG, téléphone, etc. ». Pour SWICA, en date du 20 juillet 2016, le restaurant avait été exploité : l'enseigne était allumée, le nouveau nom du restaurant figurait sur la boîte aux lettres et une pancarte indiquait que le restaurant était fermé du 11 au 31 juillet 2016 pour cause de vacances. Il s'agissait ainsi d'une réelle activité professionnelle, incompatible avec une incapacité de travail totale dans l'emploi occupé auprès de la B\_\_\_\_\_. Que la demanderesse ait réalisé – ou non – des gains était irrelevante, dès lors que la tentative suffisait. S'agissant de l'incapacité de travail, il convenait de considérer que les certificats de la Dresse C\_\_\_\_\_ étaient sujets à caution, étant donné que certains avaient été délivrés avec effet rétroactif et que d'autres avaient été établis à trois jours d'intervalle pour des incapacités de travail différentes. En outre, alors que l'assurée allait mieux début mai, ce médecin l'avait « laissée à la maison » selon ses propres dires. Enfin, le médecin en question n'avait jamais répondu à la demande de renseignement de SWICA. Cela étant, la défenderesse persistait à solliciter la production du dossier établi par la Dresse C\_\_\_\_\_. En tout état, il convenait de retenir que le Dr E\_\_\_\_\_ avait estimé que l'activité professionnelle pouvait être reprise à 50% à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2016, à 80% à compter du 1<sup>er</sup> novembre et à 100% dès le 1<sup>er</sup> décembre 2016. Il y avait lieu de préciser que la Dresse C\_\_\_\_\_ n'avait plus délivré de certificat depuis le mois de juillet 2016. Quant à la Dresse D\_\_\_\_\_, elle avait établi de simples attestations, qui ne se prononçaient en rien sur les conclusions du Dr E\_\_\_\_\_.
22. Une audience de débats d'instruction et de comparution personnelle des parties s'est tenue le 10 juillet 2018.

À cette occasion, il a été décidé d'interroger les Dresses C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ par écrit sur l'état de santé de la demanderesse entre le 19 septembre 2016 et le 28 février 2017. Il a également été décidé d'entendre le fils de la demanderesse et son époux, ainsi que Monsieur F\_\_\_\_\_, représentant du propriétaire du fonds de commerce, avec lequel les négociations s'étaient tenues.

Entendue lors de cette audience, la demanderesse a expliqué que son époux travaillait à plein temps en qualité de cuisinier dans le restaurant de son frère. Il n'était pas question qu'il travaille pour le restaurant « G\_\_\_\_\_ », celui-ci étant destiné à leur fils. La demanderesse y aurait toutefois travaillé à raison de 30%. C'était son époux qui avait pris la décision de prendre un restaurant pour leur fils et qui s'était occupé de toutes les négociations. Pour sa part, elle ne connaissait pas le propriétaire du fonds de commerce et n'avait pas visité les locaux. Elle avait signé tous les documents utiles, à la demande de son époux. Celui-ci était en arrêt accident, mais toujours employé. Il pensait donc ne pas pouvoir signer lui-même. Pour sa part, elle était en congé sans solde lorsqu'elle avait signé le contrat à la demande de son époux. Elle avait pris ledit congé, étant donné qu'elle ne se sentait pas bien à son travail, étant en conflit avec sa cheffe. Elle ignorait la possibilité d'un arrêt pour cause de maladie et elle ne voulait pas perdre son emploi. Elle était allée voir sa mère en Afghanistan pendant une dizaine de jours et, constatant à son retour qu'elle ne se sentait pas mieux, elle avait consulté un médecin. Elle ne savait pas pour quels motifs le service du commerce avait refusé d'entrer en matière le 9 juin 2016. Les courriers avaient été rédigés par le comptable de son beau-frère, mais elle ignorait qui lui avait donné les instructions. Pour sa part, elle ne savait pas bien écrire le français.

23. Le 16 août 2018, la défenderesse a produit le dossier médical de l'époux de la demanderesse, Monsieur A\_\_\_\_\_, constitué par SWICA ASSURANCES, assureur-accidents de ce dernier. À l'appui de cette production, elle a notamment expliqué que la représentante « disposant d'une procuration de SWICA Assurances, (...) vous adresse une copie du dossier de cette dernière concernant Monsieur A\_\_\_\_\_, dont il résulte qu'il a consulté pour la première fois le 24 février 2016 soit à la même date que son épouse (...), ce qui apparaît pour le moins étonnant. Dans l'hypothèse où ce serait Monsieur A\_\_\_\_\_ qui n'aurait pas été fondé à recevoir des prestations de SWICA Assurances SA, SWICA Assurance-maladie SA indique d'ores et déjà qu'elle fera valoir la solidarité des époux pour refuser toute prestation à son épouse dans le cadre de la présente procédure ».
24. Par courrier du 23 août 2018, la Dresse C\_\_\_\_\_ a d'emblée expliqué qu'elle avait égaré le dossier de la demanderesse et qu'elle répondait aux questions posées par la chambre de céans de mémoire et en se fiant à son agenda de l'époque. Elle avait suivi la demanderesse du 24 février au 6 juin 2016 en raison d'un épisode dépressif sévère, ayant entraîné une incapacité de travail nulle dès le 24 février 2016, notamment en raison des troubles de la concentration, la demanderesse faisant sans cesse des erreurs lors de son dernier emploi. Elle ne pensait pas que la demanderesse était capable d'entreprendre des démarches administratives, citant pour exemple le règlement de ses honoraires, pour lequel elle avait dû avoir recours aux cessions de créance. La demanderesse avait mis du temps à accepter d'être mise à l'arrêt de travail, ayant peur de se faire une mauvaise réputation et de ne plus pouvoir retrouver du travail par la suite.

25. Par courrier du 4 septembre 2018, la Dresse D\_\_\_\_\_, qui a repris le suivi de la Dresse C\_\_\_\_\_ à compter du 19 juillet 2016, a fait état d'un épisode dépressif moyen à sévère (F32.1), ayant entraîné une incapacité de travail totale dans son activité habituelle, avec une reprise progressive à 30% dès amélioration de son état psychique. Cette symptomatologie dépressive claire faisait suite à une situation très stressante et humiliante à son travail, même si par le passé, elle se plaignait déjà d'une fatigabilité prononcée, de troubles de la concentration, etc. Pour la Dresse D\_\_\_\_\_, la demanderesse ne pouvait pas reprendre son activité habituelle et travailler comme caissière. En effet, son état psychique restait fragile et tout stress était susceptible de péjorer son état général. Une activité adaptée à temps partiel était envisageable. La demanderesse était apte à entreprendre des démarches administratives, notamment s'agissant de son inscription au chômage au ou service social.
26. Lors de l'audience du 25 septembre 2018, la chambre de céans a entendu les témoins suivants.

L'époux de la demanderesse, a expliqué être cuisinier et travailler en tant que tel dans l'un des deux restaurants gérés par son frère. Il connaissait M. F\_\_\_\_\_ préalablement aux discussions à propos de la gérance du restaurant G\_\_\_\_\_. Il s'agissait d'un ami, qui était le frère des propriétaires du fonds de commerce et qui les représentait. L'époux de la demanderesse avait eu l'idée de cette gérance afin d'aider leur fils, sans travail. Il était le seul à avoir participé aux discussions avec M. F\_\_\_\_\_ et en avait simplement informé son épouse, qui n'était pas bien à cette période. Pour sa part, il avait subi un accident le 24 février 2016 et était allé consulter le médecin immédiatement, le jour même. Le diagnostic était celui de déchirure des ligaments de l'épaule droite. Comme il était arrêté à cette période, c'était son épouse, alors en congé sans solde, qui avait signé le contrat. Il pensait que c'était mieux ainsi, mais il ne savait pas exactement pour quelles raisons. Son épouse n'avait pas vu les locaux. Seuls son fils et lui-même les avaient visités. Aidé par des amis, son fils avait effectué quelques travaux de nettoyage, de peinture, etc. dans le restaurant. Pour sa part, il ne pouvait pas faire grand-chose en raison de sa blessure à l'épaule. Quant à son épouse, elle n'avait rien pu faire, compte tenu de son état de santé. Il ne l'avait jamais vue comme ça. Il n'avait pas compris pour quelle raison le service du commerce avait refusé d'entrer en matière. Il en avait immédiatement informé M. F\_\_\_\_\_ et lui avait expliqué qu'il renonçait dès lors à prendre le restaurant en gérance. Il était vrai qu'en devanture du restaurant, une pancarte avait été posée indiquant que le restaurant était fermé pour cause de vacances du 11 au 31 juillet 2016. C'était M. F\_\_\_\_\_ qui lui avait conseillé de mettre cette pancarte pour des raisons commerciales.

Monsieur F\_\_\_\_\_ a, quant à lui, expliqué que sa sœur, domiciliée à Bienne, était propriétaire du fonds de commerce du restaurant G\_\_\_\_\_, mais qu'il s'était occupé des négociations avec l'époux de la demanderesse, à l'exclusion de cette dernière et de son fils. Il avait vu la demanderesse pour la première fois lorsqu'ils

étaient allés au registre du commerce. Il ne connaissait pas les raisons du refus de l'autorisation d'exploiter, mais supposait que c'était à cause d'un problème de patente. Quelques travaux de nettoyage, de peinture avaient été faits, mais pour sa part, il n'était pas présent durant ces travaux. Lorsque l'époux de la demanderesse lui avait annoncé qu'ils n'avaient pas obtenu l'autorisation, il n'avait pas fait de problème, dès lors qu'une autre personne était intéressée. Il n'avait jamais vu la demanderesse dans les locaux du restaurant. C'était lui qui avait demandé à son époux de mettre la pancarte sur la devanture du restaurant indiquant « fermé en raison de vacances », car il voulait éviter que les clients potentiels ne pensent qu'il y avait fermeture ou changement de propriétaire.

Enfin, Monsieur H\_\_\_\_\_, le fils de la demanderesse, a expliqué que c'était son père qui avait eu l'idée de prendre un restaurant en gérance pour qu'il puisse y travailler. Pour sa part, il n'était pas inscrit au chômage et était aidé par l'Hospice général. Il ne connaissait pas la personne avec laquelle son père avait discuté de la reprise du restaurant. Il l'avait peut-être vue une ou deux fois, mais n'avait jamais participé aux discussions. Il en discutait lui-même avec son père de temps en temps, mais pas trop avec sa mère. Il avait vu les locaux du restaurant. C'était lui qui avait fait les travaux de peinture avec un de ses amis. Il n'avait jamais vu sa mère dans le restaurant. Ils n'avaient pas pu travailler dans le restaurant, puisqu'ils n'avaient pas eu l'autorisation pour un motif qu'il ignorait. C'était son père qui s'était occupé de toutes les démarches. Sa mère n'avait rien fait. D'une façon générale, il ne parlait pas avec sa mère.

À l'issue de l'audience, la chambre de céans a informé les parties qu'elle allait rendre une ordonnance relative à la production du dossier médical de l'époux de la demanderesse.

27. Par ordonnance du 5 octobre 2018, la chambre de céans a requis la production, par le Secteur « autorisations » du Service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (PCTN), Direction générale de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT), du dossier concernant l'enseigne « Restaurant G\_\_\_\_\_ ».
28. Le 11 octobre 2018, le PCTN a expliqué à la chambre de céans qu'il n'avait trouvé aucun dossier au nom de l'établissement susmentionné.
29. À la demande de SWICA, par ordonnance du 18 octobre 2018, la chambre de céans a requis la production, par le registre du commerce, du dossier concernant l'enseigne « G\_\_\_\_\_ ».
30. Le même jour, la chambre de céans a écarté le dossier médical de l'époux de la demanderesse et l'a restitué à la défenderesse, considérant tout d'abord que ce dossier comprenait des données personnelles sensibles, lesquelles ne pouvaient être communiquées, sans l'accord préalable de l'époux de la demanderesse, qu'à des organes chargés d'appliquer la LAA, ce qui n'était pas le cas de la défenderesse. En outre, dès lors que l'époux de la demanderesse n'avait pas consenti à la production

du dossier, il s'agissait à l'évidence de pièces obtenues de manière illicite que la chambre de céans ne pouvait prendre en considération que si l'intérêt à la manifestation de la vérité était prépondérant. Or, la présente procédure opposait la demanderesse à son assurance perte de gain et les questions litigieuses portaient sur l'existence d'une prétention frauduleuse, subsidiairement d'une incapacité de travail du 1<sup>er</sup> mai 2016 au 28 février 2017. Dans ces circonstances, la chambre de céans ne voyait pas en quoi le dossier médical de l'époux de la demanderesse était susceptible de prouver l'existence d'une prétention frauduleuse ou de nier l'incapacité de travail de la demanderesse, la défenderesse ne fournissant au demeurant pas la moindre explication dans ce sens.

31. Par courrier du 24 octobre 2018, le registre du commerce a transmis le dossier en lien avec l'enseigne « G\_\_\_\_\_ ».
32. Le 30 octobre 2018, la demanderesse, sous la plume de son conseil, a contesté la production de pièces nouvelles à ce stade de la procédure, dès lors que cela était interdit par les dispositions légales applicables. Par ailleurs, elle estimait peu probable que le registre du commerce dispose du dossier constitué par le service du commerce. Cela étant, pour le cas où le registre du commerce ne devait pas être en mesure de produire les pièces sollicitées, elle demandait à ce que la cause soit immédiatement remise à plaider.
33. Par écriture du 31 octobre 2018, la demanderesse a persisté dans ses précédentes conclusions, rappelant que la période litigieuse courait du 1<sup>er</sup> mai 2016 au 28 février 2017. Par conséquent, tout document signé hors de cette période n'était d'aucune pertinence. Au demeurant, elle n'avait jamais contesté avoir signé les documents présentés par son mari et aucun des éléments transmis par le registre du commerce ne laissait apparaître une activité plus consistante. Par ailleurs, les enquêtes avaient confirmé ses déclarations, à savoir que son époux s'était occupé des différentes démarches.
34. Le 8 novembre 2018, la défenderesse a sollicité formellement que la chambre de céans requiert le dossier médical de l'époux de la demanderesse auprès de son assureur-accidents. En effet, la demanderesse avait indiqué, lors de l'audience du 10 juillet 2018, que son époux était impliqué dans la prétention frauduleuse, dès lors qu'il était à l'assurance lors de la signature du contrat de gérance. S'agissant de deux co-auteurs d'une prétention frauduleuse, il était nécessaire que la chambre de céans dispose de tous les éléments permettant de trancher. Par ailleurs, dans un tel cas, il n'y avait plus de protection des données, étant précisé qu'aucune donnée sensible ne figurait dans ce dossier, dès lors qu'il s'agissait d'un problème orthopédique et de conjoints, lesquels pouvaient être reconnus comme solidairement responsables. La défenderesse rappelait encore que la demanderesse et son époux avaient consulté, le même jour, un médecin pour faire valoir des prétentions pour la même période. Dans tous les cas, si la chambre de céans devait considérer que le dossier médical comportait des données sensibles, il lui était loisible de ne requérir que le dossier administratif.

35. Par écriture du 14 novembre 2018, la demanderesse s'est opposée à la production du dossier médical tant sur le plan procédural que matériel.
36. Pour sa part, la défenderesse a persisté, par courrier du 30 novembre 2018, dans ses diverses demandes (dossier médical et dossier du PCTN), tout en sollicitant de pouvoir déposer des conclusions écrites à la fin des enquêtes.
37. Par ordonnance du 1<sup>er</sup> avril 2019, la chambre de céans a refusé d'ordonner la production des pièces comme demandé par la défenderesse, considérant que le dossier médical de l'époux de la demanderesse n'était pas susceptible de prouver l'existence d'une prétention frauduleuse. Quant au dossier du service du commerce, il avait déjà été demandé audit service, sans succès. Enfin, la chambre de céans apprécierait les témoignages, de sorte qu'elle renonçait à la production du dossier du service du commerce.
38. Le 15 avril 2019, la défenderesse a produit ses observations, lesquelles résumaient ses précédentes écritures.
39. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 7 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) et à l'art. 134 al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la LAMal, relevant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (loi sur le contrat d'assurance, LCA - RS 221.229.1).

Selon les polices d'assurance 9 000 002 datées des 8 décembre 2014 et 27 février 2017, le mémento assurance indemnités journalières (ci-après : le mémento) et les conditions générales d'assurance régissant l'assurance collective indemnité journalière selon la LCA (ci-après : les conditions générales), 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.

2. 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 1<sup>er</sup> 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, l'art. 36 des conditions générales prévoit quant à lui que le preneur d'assurance et la personne assurée peuvent saisir, à leur choix, le for ordinaire ou celui de leur domicile en Suisse ou dans la Principauté du Liechtenstein.

---

En l'espèce, la demanderesse est domiciliée à Genève. La compétence *ratione loci* de la chambre de céans pour juger du cas d'espèce est par conséquent également donnée.

3. À raison de la forme, la demande, qui comporte notamment un exposé des faits et des conclusions, respecte les conditions légales (art. 130 et 244 CPC).

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). La procédure simplifiée s'applique à de tels litiges (art. 243 al. 2 let. f CPC) et la chambre de céans établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC).

4. Le litige porte sur le droit de la demanderesse à des indemnités journalières du 1<sup>er</sup> mai 2016 au 28 février 2017 sous déduction du montant versé par l'employeur, soit un montant total de CHF 19'053.-. En particulier, les questions litigieuses portent sur l'existence de prétentions frauduleuses et, subsidiairement, sur l'incapacité de travail invoquée par la demanderesse.
5. a. Selon l'art. 324a al. 1 du Code des obligations (CO - RS 220), si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des raisons inhérentes à sa personne, telles que notamment la maladie, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois. Pendant la première année de service, l'employeur est tenu de payer le salaire de trois semaines (art. 324a al. 2 CO). Il peut toutefois être dérogé aux prescriptions précitées par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective à condition que des prestations au moins équivalentes soient accordées au travailleur (art. 324a al. 4 CO).

En pratique, il arrive fréquemment que l'employeur choisisse de conclure une assurance couvrant le risque de la perte de gain en raison de la maladie, sous la forme d'une assurance sociale d'indemnités journalières régie par les art. 67 à 77 LAMal ou d'une assurance d'indemnités journalières soumise à LCA (voir l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_563/2008 du 10 février 2009, consid. 1 et l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances 5C.41/2001 du 3 juillet 2001 consid. 2b/bb).

- b. En l'espèce, selon les polices d'assurance n° 9 000 002 datées des 8 décembre 2014 et 27 février 2017, B\_\_\_\_\_ et la défenderesse ont conclu une assurance collective d'indemnités journalières pour maladie, soumise à la LCA, prévoyant le versement d'une indemnité journalière, correspondant à 90% du salaire brut, du 1<sup>er</sup> au 730<sup>e</sup> jour, soit pendant 730 jours.
6. L'art. 8 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (CC; RS 210) répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit civil fédéral et détermine, sur cette base, quelle partie 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).

Selon la disposition précitée, chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

Ainsi, le demandeur doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que sa partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du droit. La partie adverse qui soutient que son obligation est éteinte, non valable ou non exigible, doit donc apporter la preuve des faits qui mettent fin à l'obligation, l'annihilent ou font obstacle à son exigibilité (François BOHNET, CPC annoté, 2016 ad art. 152 CPC n. 6 et les références citées). Ces principes, qui sont également applicables dans le domaine du contrat d'assurance, impliquent qu'il incombe à l'ayant droit d'alléguer et de prouver notamment la survenance du sinistre (ATF 130 III 321 consid. 3.1).

L'assureur a un droit - découlant de l'art. 8 CC - à la contre-preuve; il peut chercher à démontrer des circonstances qui suscitent des doutes sérieux sur la réalité des faits qui font l'objet de la preuve principale, de manière à faire échouer celle-ci; pour que la contre-preuve aboutisse, il suffit que la preuve principale soit ébranlée et que les faits n'apparaissent par conséquent pas comme étant d'une vraisemblance prépondérante; si la contre-preuve aboutit, les faits allégués par l'ayant droit ne peuvent pas être tenus pour établis, à savoir comme étant d'une vraisemblance prépondérante, et la preuve principale est mise en échec (ATF 130 III 321 consid. 3.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_193/2008 du 8 juillet 2008 consid. 2.1.3; arrêt du Tribunal fédéral 4D\_73/2007 du 12 mars 2008 consid. 2.2).

L'art. 8 CC n'exclut pas la preuve par indices (ATF 127 III 248 consid. 3; ATF 122 III 219 consid. 3c; ATF 114 II 289 consid. 2a).

7. a. En revanche, l'art. 8 CC ne régit pas l'appréciation des preuves, de sorte qu'il ne prescrit pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées (ATF 127 III 519 consid. 2a), ni ne dicte au juge comment forger sa conviction (ATF 128 III 22 consid. 2d; ATF 127 III 248 consid. 3a) ; cette disposition n'exclut pas non plus que le juge puisse, sur la base d'une appréciation anticipée des preuves déjà disponibles, refuser l'administration d'une preuve supplémentaire au motif qu'il la tient pour impropre à modifier sa conviction (ATF 131 III 222 consid. 4.3; ATF 129 III 18 consid. 2.6).

- b. Le principe de la libre appréciation des preuves est ancré à l'art. 157 CPC, qui dispose que le juge établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées. Ce faisant, le juge décide d'après sa conviction subjective personnelle si les faits se sont produits ou non, c'est-à-dire s'ils sont prouvés ou non (HOHL, Procédure civile, Tome I, 2ème éd., 2016, n. 2008). Malgré ce qui précède, l'art. 168 al. 1 CPC énumère les moyens de preuve admissibles : il s'agit du témoignage, des titres, de l'inspection, de l'expertise, des renseignements écrits, de l'interrogatoire et de la déposition de partie. Cette énumération est exhaustive, le

---

droit de la procédure civile institue ainsi un *numerus clausus* des moyens de preuve. Cela semble à première vue contredire les principes fondamentaux que sont le droit à la preuve et sa libre appréciation, mais la sécurité et l'équité requièrent que la loi détermine clairement quand et par quel moyen la preuve peut être rapportée (Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, FF 2006 I p. 6929).

8. a. En vertu de l'art. 150 al. 1 CPC, seules doivent être prouvées les allégations qui sont expressément contestées. Une telle contestation doit être suffisamment précise pour atteindre son but, c'est-à-dire permettre à la partie adverse de comprendre quels allégués il lui incombe de prouver. Le degré de précision d'une allégation influe sur le degré de motivation que doit revêtir sa contestation. Plus les affirmations d'une partie sont détaillées, plus élevées sont les exigences quant à la précision de leur contestation. Une réfutation en bloc ne suffit pas. Le fardeau de la contestation ne saurait toutefois entraîner un renversement du fardeau de la preuve (ATF 141 III 433 consid. 2.6 et les références; arrêt précité 4A\_318/2016 consid. 3.1).

b. En principe, un fait est tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la vérité d'une allégation. La loi, la doctrine et la jurisprudence ont apporté des exceptions à cette règle d'appréciation des preuves. L'allègement de la preuve est alors justifié par un "état de nécessité en matière de preuve" (*Beweisnot*), qui se rencontre lorsque, par la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée, en particulier si les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices (ATF 132 III 715 consid. 3.1; ATF 130 III 321 consid. 3.2 et les références). Tel peut être le cas de la survenance d'un sinistre (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et les arrêts cités) ou de l'existence d'un lien de causalité naturelle, respectivement hypothétique (ATF 132 III 715 consid. 3.2 et les arrêts cités). 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 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). 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).

c. Le juge enfreint l'art. 8 CC notamment lorsqu'il admet indûment ou nie à tort l'absence de preuve (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_48/2008 du 10 juin 2008 consid. 3.2), soit qu'il applique un degré de preuve erroné, soit qu'il tienne pour

---

exactes les allégations non prouvées d'une partie alors qu'elles sont contestées par l'autre (ATF 130 III 591 consid. 5.4).

9. En l'espèce, le litige porte sur le droit de la demanderesse à des indemnités journalières pour la période du 1<sup>er</sup> mai 2016 au 28 février 2017 pour cause de maladie. Dans la mesure où la défenderesse invoque une prétention frauduleuse, il y a lieu d'examiner ce point dans un premier temps. Ce n'est qu'en l'absence de prétention frauduleuse qu'il conviendra de déterminer si la demanderesse a prouvé, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'elle présentait une incapacité de travail entière jusqu'au 28 février 2017.
10. a. L'art. 40 LCA définit la prétention frauduleuse : si l'ayant droit ou son représentant, dans le but d'induire l'assureur 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 fait tardivement les communications que l'art. 39 LCA lui impose, l'assureur n'est pas lié par le contrat envers l'ayant droit.

D'un point de vue objectif, la dissimulation ou la déclaration inexacte doit porter sur des faits qui sont propres à remettre en cause l'obligation même de l'assureur ou à influencer sur son étendue. Il faut, en d'autres termes, constater que, sur la base d'une communication correcte des faits, l'assureur aurait versé une prestation moins importante, voire aucune. Ainsi en est-il lorsque l'ayant droit déclare un dommage plus étendu qu'en réalité, par exemple lorsque l'atteinte à la santé n'est pas aussi grave qu'annoncée.

En plus, l'ayant droit doit, sur le plan subjectif, avoir l'intention de tromper. Il faut qu'il ait agi avec la conscience et la volonté d'induire l'assureur en erreur, afin d'obtenir une indemnisation plus élevée que celle à laquelle il a droit ; peu importe à cet égard qu'il soit parvenu à ses fins (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_286/2016 du 29 août 2016 consid.5.1.2 et les arrêts cités et 4A\_643/2016 du 7 avril 2017).

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. Cette disposition est notamment conçue pour l'hypothèse où l'ayant droit fait des déclarations mensongères relevant de l'escroquerie à l'assurance, en particulier pour le cas où il déclare un dommage plus étendu que celui qui est survenu en réalité (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_671/2010 du 25 mars 2011 consid. 2.6 et les références).

Lorsque les conditions de l'art. 40 LCA sont réunies, l'assureur peut non seulement refuser ses prestations, mais aussi se départir du contrat et répéter en principe celles qu'il a déjà versées, cette faculté n'existant cependant qu'à l'égard de l'auteur de la tromperie (arrêt du Tribunal fédéral 5C.138/2005 du 5 septembre 2005 consid. 4.2) et pour le contrat affecté par elle (ATF 131 III 314, consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_671/2010 du 25 mars 2011, consid. 2.6; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_431/2010 du 17 novembre 2010). L'assureur peut également se départir du

contrat lorsque l'employé fraudeur ayant en principe droit à des prétentions dans le cadre d'une assurance collective contre les accidents ou la maladie est en même temps le gérant de la Sàrl, soit un organe de celle-ci (voir arrêt du Tribunal fédéral 4A\_382/2014 du 3 mars 2015, consid. 5.2 et 6.3). La résolution du contrat, laquelle produit des effets *ex tunc*, n'étend ses effets que jusqu'au jour de la fraude – et non au jour de la conclusion du contrat (BRULHART, Droit des assurances privées, 2<sup>e</sup> édition, 2017, n° 817 p. 422 et les références citées).

b/aa. Dans un arrêt 4A\_432/2015 du 8 février 2016, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas arbitraire de retenir qu'un assureur n'avait pas apporté la preuve d'une capacité de travail entière ou partielle d'un opticien en arrêt de travail à 100%, quand bien même un détective privé mandaté par l'assureur avait constaté que ledit assuré était présent quotidiennement dans sa boutique durant 4h30 chaque jour et prenait en charge divers clients. La juridiction cantonale n'était pas tombée dans l'arbitraire en considérant que l'observation par le détective ne constituait pas encore la preuve d'une capacité de travail totale ou partielle (consid. 4.3), l'incapacité pouvant reposer sur des motifs autres que rhumatologiques. L'assuré - interrogé par l'assureur – avait certes menti en déclarant qu'il lui arrivait de rendre visite à sa femme à la boutique et de lui rendre de tout petits services - par ex. changer de la monnaie - sans jamais servir de clients ou leur faire passer de tests de la vue. Malgré tout, le Tribunal fédéral a nié l'existence d'une intention d'induire en erreur l'assureur. Même si, pour l'instance cantonale, il était établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que l'assuré, en passant sous silence l'activité réellement exercée dans la boutique, avait voulu accroître ses chances de toucher d'autres indemnités journalières, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'était pas arbitraire de considérer que l'assuré n'avait pas agi consciemment et volontairement dans le but d'obtenir des indemnités journalières indues, dès lors que son médecin traitant lui avait recommandé de reprendre progressivement son activité à des fins thérapeutiques, à la manière d'un stage (consid. 5.3.2 et 5.3.3).

b/bb. Dans un arrêt 4A\_382/2014 du 3 mars 2015, le Tribunal fédéral a jugé qu'un assuré, architecte d'intérieur de profession, avait travaillé, dès lors qu'il avait été aperçu dans ses locaux à Zurich, à diverses discussions professionnelles et sur des chantiers à St-Gall, Zermatt et Berne.

b/cc. Dans un arrêt 4A\_286/2016 du 26 août 2016, le Tribunal fédéral a considéré que l'assuré qui s'était rendu, pendant son incapacité de travail à 100%, dans son garage, y avait mené, avec des clients, des discussions relatives à des véhicules d'occasion et expertisé des profils de pneus, avait commis une prétention frauduleuse au sens de l'art. 40 LCA.

b/dd. Dans un arrêt ATAS/802/2016 du 29 septembre 2016, la chambre de céans a considéré qu'une assurée, coiffeuse de profession, n'avait pas exercé son activité pendant son incapacité de travail, mais s'était limitée à réaliser quelques activités accessoires (prise de rendez-vous, téléphone, agenda) afin de s'occuper et non dans un but lucratif, puisque lesdites tâches incombaient en principe à son employée qui,

---

seule, coiffait les clients. Ces faits n'étaient donc pas constitutifs d'une prétention frauduleuse.

Saisi d'un recours, le Tribunal fédéral a suivi l'avis de la Cour cantonale (cf. arrêt 4A/643/2016 du 7 avril 2017). Il a considéré que l'assurée, coiffeuse indépendante, qui, en arrêt de travail, s'était rendue dans son salon de coiffure pour passer du temps devant l'ordinateur, répondre au téléphone, prendre des rendez-vous, s'occuper de l'agenda et discuter avec la clientèle, n'avait pas exercé d'activité constituant l'essence du métier de base. Le dossier ne permettait pas non plus de considérer qu'elle avait assumé lesdites activités systématiquement, soit à un niveau professionnel. Ainsi, l'assurée n'avait pas fait de déclaration mensongère en réclamant une indemnité journalière à l'assurance perte de gain en cas de maladie, d'autant moins que, d'un point de vue subjectif, l'intéressée pouvait penser de bonne foi que seule l'activité de coiffeuse en tant que telle était déterminante pour le montant de l'indemnité journalière.

11. Comme indiqué précédemment, il convient de déterminer dans un premier temps si la défenderesse a rendu vraisemblable l'existence d'une prétention frauduleuse, à savoir le fait que la demanderesse aurait passé sous silence une activité assimilable à une activité professionnelle.

À titre liminaire, la chambre de céans rappelle que la demanderesse travaillait à un taux de 73,17% en tant que caissière à la B\_\_\_\_\_ (voir notamment le taux d'occupation indiqué sur les fiches de salaire, pièce 3, dem.). La défenderesse couvre donc la perte de gain pour cause de maladie afférente à l'activité de caissière à 73,17%. Il restait donc à la demanderesse 26,83% de temps libre. C'est dans le cadre de ce taux restant (arrondi à 30 % dans les différents courriers et écritures) qu'elle entendait travailler pour le restaurant G\_\_\_\_\_ (voir compte-rendu de l'audience de comparution personnelle du 10 juillet 2018, p. 2), ce qui n'a pas été contesté par la défenderesse.

Cela étant précisé, force est de constater, en premier lieu, que selon les divers rapports médicaux au dossier, les troubles dont souffre la demanderesse étaient en lien avec sa situation professionnelle. Ainsi, selon la Dresse D\_\_\_\_\_, elle présentait « une symptomatologie claire suite à une situation très stressante et humiliante au travail » même si elle se plaignait de ne pas pouvoir travailler correctement à son travail avant cette situation déjà (courrier de la Dresse D\_\_\_\_\_ du 4 septembre 2018), ch. 7 p. 2). La même constatation a été faite par le Dr E\_\_\_\_\_, mandaté par la défenderesse, lequel a relevé dans son rapport du 26 septembre 2016 que les symptômes s'étaient installés suite à une situation professionnelle conflictuelle et insatisfaisante (p. 8) et qu'ils s'étaient plus précisément manifestés suite à des tensions répétées sur son lieu de travail avec la nouvelle cheffe, en poste depuis 2014, qui faisait constamment des reproches et des remarques négatives à la demanderesse, avec des évaluations annuelles très mauvaises et même des avertissements (p. 9).

En d'autres termes, le facteur de stress était principalement en lien avec l'activité professionnelle de la demanderesse, avec des conflits persistants avec la cheffe et un sentiment de dévalorisation et de harcèlement. D'ailleurs, pour la Dresse D\_\_\_\_\_, la reprise de l'activité habituelle n'était plus possible en raison du stress qu'elle allait probablement y subir et qui était susceptible de péjorer son état psychique (courrier de la Dresse D\_\_\_\_\_ du 4 septembre 2018, p. 3). Le médecin mandaté par la défenderesse était lui aussi conscient de cette situation, dès lors qu'il a évoqué, à plusieurs reprises, qu'il y avait lieu de résoudre les conflits avec la hiérarchie par médiation, mutation interne ou résiliation des rapports de travail (rapport du Dr E\_\_\_\_\_ du 26 septembre 2016, p. 13 et 14).

Dès lors que l'incapacité de travail totale concerne essentiellement l'activité habituelle en raison de la situation conflictuelle avec la supérieure hiérarchique de la demanderesse, on voit mal en quoi de potentiels actes administratifs effectués dans le but d'exercer une autre activité accessoire, qui plus est pendant les 30% restants, seraient synonyme d'une capacité de travail dans l'activité habituelle.

Dans tous les cas, s'agissant plus particulièrement de ces actes, les enquêtes ont démontré que la demanderesse n'avait pas participé aux négociations, qu'elle n'avait jamais été vue dans les futurs locaux du restaurant et qu'elle n'avait pas participé aux travaux qui y avaient été effectués. Tant son époux que son fils ont confirmé que l'idée venait du premier, lequel n'avait fait que soumettre à son épouse les documents pour signature.

Dans de telles circonstances, on ne saurait inférer de ces actes que la demanderesse aurait caché à son assurance une capacité de travail résiduelle dans son activité professionnelle, étant rappelé que les médecins sont unanimes sur le fait que les troubles étaient essentiellement en lien avec l'activité de caissière auprès de la B\_\_\_\_\_.

Cela étant, même si l'on devait retenir que les actes effectués en vue de l'ouverture du restaurant devaient être assimilés à une activité professionnelle, la condition subjective ferait quoi qu'il en soit défaut. En effet, la demanderesse ne travaillait pas à 100% en tant que caissière mais uniquement à 76,13%. Elle a d'ailleurs expliqué qu'elle espérait pouvoir travailler à 30% (concrètement 23,87%) dans le restaurant. Dans de telles circonstances, la demanderesse effectuait à l'évidence les démarches dans le cadre de son temps libre et on ne peut donc considérer qu'elle entendait cacher à son assurance une capacité de travail dans son activité habituelle de caissière.

Partant, une prétention frauduleuse ne peut être que niée.

12. Reste à déterminer si les pièces au dossier confirment une incapacité totale de travailler jusqu'au 28 février 2017.

Selon l'art. 13 § 1 des conditions générales, si la personne assurée se trouve dans l'incapacité de travailler et que celle-ci est attestée médicalement, SWICA verse, dans la mesure où ladite incapacité est totale, l'indemnité journalière convenue dans

---

le contrat (...). Par incapacité de travail, il faut entendre toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de la personne assurée à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé d'elle, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique (art. 6 LPGA). Après trois mois d'incapacité de travail, l'activité susceptible d'être exigée de la personne assurée peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité (art. 7 § 2 des conditions générales).

S'agissant des règles de conduite, l'art. 20 § 3 prévoit que si la maladie dure plus d'un mois, un certificat établissant le taux et la durée de l'incapacité de travail doit être remis mensuellement à SWICA, laquelle, en pareil cas, acquitte l'indemnité journalière sous la forme de mensualités. Selon l'art. 21 § 1 des conditions générales, la personne assurée met tout en œuvre pour aider à établir le diagnostic de la maladie dont elle est atteinte et de ses suites. Dans le cadre de son devoir de réduire l'étendue du dommage, la personne assurée s'abstient de tout comportement qui serait non seulement incompatible avec son incapacité de travail, respectivement avec la perception d'indemnités journalières, mais encore serait susceptible de compromettre ou de retarder la guérison. L'art. 22 des conditions générales prévoit, quant à lui, qu'en cas de maladie, la personne assurée consulte un médecin autorisé et veille à recevoir un traitement adéquat. Elle respecte les prescriptions du médecin et du personnel soignant. Toute personne assurée est tenue de se soumettre à un examen ou à une expertise effectuée par des médecins mandatés par SWICA (§1). SWICA est autorisée à rendre visite aux patients et à recueillir des données supplémentaires. Au nombre de ces dernières figurent notamment des justificatifs et des renseignements, des certificats, des certificats et rapports médicaux, des décomptes de salaire ou encore des documents officiels (§ 2).

13. a. Comme indiqué précédemment, en application de l'art. 8 CC, le demandeur doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que sa partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du droit. S'agissant d'une incapacité de travail, la preuve incombe dès lors à l'assuré, qui aura le plus souvent recours à un certificat médical attestant de l'incapacité de travail (DUC, Questions de procédure en assurance perte de gain maladie LCA, in : Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle, Berne 2010, p. 147; SUBILIA, Les divers empêchements de travailler, in : Panorama en droit du travail, WYLER [éd.], Berne 2009, p. 85). En cas de doute sur l'existence de l'incapacité de travail, il appartient à l'assureur d'apporter la preuve du contraire, le cas échéant, en demandant à l'assuré de se soumettre à un examen médical auprès du médecin-conseil ou d'un autre médecin (DUC, *ibidem*).

b. Selon l'art. 157 CPC, le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées. Ainsi, le juge n'est pas tenu de donner la priorité à certains moyens de preuves par rapport à d'autres, n'est tenu par aucune règle de pondération et forgera sa conviction sur la base de sa seule appréciation de toutes

les preuves qui auront été réunies au cours de la phase probatoire (JEANDIN, Nouvelles règles de procédure et procès en RC, in Journée de la responsabilité civile 2010, La preuve en droit de la responsabilité civile, Bâle 2011, p. 76). Le juge apprécie librement les preuves médicales qu'il a recueillies, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Le juge doit examiner objectivement tous les documents à disposition, quelle que soit leur provenance, puis décider s'ils permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_5/2011 du 24 mars 2011 consid. 4.2). S'il existe des avis contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion plutôt que sur une autre. En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant, c'est que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et enfin que les conclusions de l'expert soient dûment motivées. Au demeurant, l'élément déterminant pour la valeur probante n'est ni l'origine du moyen de preuve ni sa désignation comme rapport ou comme expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 125 V 351 consid. 3a ; ATF 122 V 157 consid. 1c et les références ; cf. également ATF 134 V 231 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_412/2010 du 27 septembre 2010 consid. 3.1).

c. Du point de vue probatoire, une expertise privée réalisée par un médecin indépendant à la demande d'une des parties n'est pas un moyen de preuve, mais une simple allégation de partie (ATF 141 III 433 consid. 2.5.2 et 2.5.3). Il en va de même d'un rapport médical, considéré comme une simple expertise privée, ne constituant pas un moyen de preuve, mais une simple allégation (ATF 141 III 433 consid. 2.6; ATF 140 III 24 consid. 3.3.3; ATF 132 III 83 consid. 3.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_318/2016 du 3 août 2016 consid. 3.1).

Dans l'appréciation des rapports établis par le médecin traitant, le juge doit avoir égard au fait que la relation de confiance unissant un patient à son médecin traitant peut influencer l'objectivité ou l'impartialité de celui-ci ; cela ne justifie cependant pas en soi d'évincer tous les avis émanant des médecins-traitants. Il faut effectuer une appréciation globale de la valeur probante du rapport du médecin-traitant au regard des autres pièces médicales (ATF 125 V 351 consid. 3b/cc ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_12/2012 du 20 juillet 2012 consid. 7.1).

De même, le rapport d'un médecin-conseil de l'assurance a force probante pour autant qu'il soit motivé de manière convaincante, sans contradictions, et qu'il n'y ait aucun élément faisant douter de sa fiabilité. Le simple fait que le médecin consulté soit lié par un rapport de travail à la compagnie d'assurance ne suffit pas encore à douter de son objectivité ni à soupçonner une prévention à l'égard de

---

l'assuré (ATF 125 V 351 consid. 3b/ee et ATF 135 V 465 consid. 4.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_172/2013 du 1er octobre 2013 consid. 3.3).

Les allégations précises de l'expertise privée – contestées de manière globale – peuvent apporter la preuve de leur véracité si elles sont appuyées par des indices objectifs (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_318/2016 du 3 août 2016 consid. 3.1 et 3.2). Si elles ne sont pas corroborées par de tels indices, elles ne peuvent être considérées comme prouvées en tant qu'allégations contestées (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_626/2015 du 24 mai 2016 consid. 2.5). Les mêmes principes s'appliquent *mutatis mutandis* aux allégations précises résultant du rapport d'un médecin traitant (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_42/2017 du 29 janvier 2018 consid. 3.3.3). En matière d'assurances complémentaires, les parties sont liées par l'accord qu'elles ont conclu dans les limites de la loi, les caisses-maladie pouvant en principe édicter librement les dispositions statutaires ou réglementaires dans les branches d'assurances complémentaires (ATAS/1104/2006).

14. En l'espèce, il appartient à la demanderesse de rendre vraisemblable son incapacité de travail totale jusqu'au 28 février 2017, ce qu'elle tente de faire en produisant les certificats d'incapacité établis par les Dresses C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_. Quant à la défenderesse, elle doit rendre vraisemblable le fait que la demanderesse a recouvré une capacité de travail entière, ou du moins supérieure à 75% (cf. conditions générales), ce qu'elle tente de faire en se référant au rapport du Dr E\_\_\_\_\_ du 26 septembre 2017.

À titre liminaire, la chambre de céans relève qu'aucune des pièces produites ne peut être qualifiée d'expertise au sens strict du terme, toutes correspondant en réalité à des allégations des parties, lesquelles sont contestées par la partie adverse.

Force est toutefois de constater que l'ensemble des médecins consultés admet une incapacité de travail totale jusqu'à la fin du mois de septembre 2016, le Dr E\_\_\_\_\_ considérant toutefois que la demanderesse devrait être capable, avec un peu de bonne volonté et après avoir réglé la problématique au travail, de reprendre progressivement son activité professionnelle. Une incapacité de travail totale jusqu'au 30 septembre 2016 a par conséquent été établie à satisfaction de droit par la demanderesse, de sorte que la défenderesse sera condamnée à lui verser les indemnités journalières pour la période du 1<sup>er</sup> mai au 30 septembre 2016.

Pour la période du 1<sup>er</sup> octobre 2016 au 28 février 2017, la demanderesse se réfère aux certificats établis par la Dresse D\_\_\_\_\_ pour prouver son incapacité de travail. Quant à la défenderesse, elle se fonde sur le rapport du Dr E\_\_\_\_\_ pour minimiser cette incapacité, considérant que la demanderesse était capable de reprendre progressivement son activité habituelle de caissière, immédiatement à 50%, puis à 80% dès le 1<sup>er</sup> novembre 2016 et finalement à 100% dès le 1<sup>er</sup> décembre 2016. Force est de constater que le rapport du Dr E\_\_\_\_\_ du 26 septembre 2016 comporte un pronostic. Il ne permet ainsi pas de se prononcer sur l'évolution concrète, sur le plan médical, de la capacité de travail de la demanderesse, pendant

---

la période litigieuse (voir dans le même sens l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_544/2017 du 30 avril 2018 consid. 5.2 et arrêt du Tribunal fédéral 4A\_66/2017 du 14 juillet 2017 consid. 5.1). Dans cette mesure, le rapport du Dr E\_\_\_\_\_ du 26 septembre 2016 n'est pas suffisant, en tant que le pronostic posé en septembre n'a pas été confirmé par un avis ultérieur. Au demeurant, le médecin mandaté par la défenderesse a relevé que la situation professionnelle devait être clarifiée soit par médiation, soit par mutation interne ou encore résiliation des rapports de travail. En d'autres termes, le Dr E\_\_\_\_\_ a lui-même anticipé les difficultés qui pouvaient se présenter en cas de reprise du travail au même poste sans médiation préalable. Or, aucun élément du dossier ne permet de considérer que la défenderesse a porté à la connaissance de la demanderesse les conclusions du Dr E\_\_\_\_\_, notamment en lien avec la médiation préalable.

Le rapport du Dr E\_\_\_\_\_ du 26 septembre 2016 ne permet dès lors pas de prouver, au degré de la vraisemblance prépondérante, que la demanderesse était capable de reprendre son activité habituelle progressivement avant la résiliation des rapports de travail pour le 28 février 2017. Au demeurant, lors de difficultés professionnelles telles que celles évoquées dans le cas présent, il est à prévoir, selon l'expérience générale de la vie, que si la demanderesse est à nouveau confrontée à sa supérieure hiérarchique sans médiation préalable ou déplacement de cette dernière, son état psychique allait à nouveau se dégrader (voir dans le même sens l'ATAS/893/2015 du 19 novembre 2015 consid. 6).

En conclusion, la demanderesse a rendu vraisemblable, par le biais des certificats de la Dresse D\_\_\_\_\_ et de son courrier du 4 septembre 2018, que son incapacité de travail avait perduré au-delà du 30 septembre 2016 et plus particulièrement jusqu'au 28 février 2017. Pour sa part, la défenderesse n'a pas été en mesure de rendre vraisemblable une augmentation progressive de la capacité de travail dans l'activité habituelle, le rapport du Dr E\_\_\_\_\_ comportant un pronostic, lequel nécessitait des démarches préalables (mise au point avec la hiérarchie), qui n'ont pas été portées à la connaissance de la demanderesse. Ledit pronostic ne s'est au demeurant pas vérifié par la suite.

15. Partant, les indemnités journalières étaient dues du 1<sup>er</sup> mai 2016 au 28 février 2017.

Les montants réclamés par la demanderesse ne sont pas contestés par la défenderesse, pas plus que l'intérêt moratoire requis, de sorte que la défenderesse sera condamnée à verser à la demanderesse la somme de CHF 19'053.- avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

Les cantons sont compétents pour fixer le tarif des frais comprenant les dépens (art. 96 CPC en relation avec l'art. 95 al. 3 let. b). À Genève, le règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RTFMC - E 1 05.10) détermine notamment le tarif des dépens, applicable aux affaires civiles contentieuses (art. 1 RTFMC).

La demanderesse, représenté par un conseil, obtenant gain de cause, la défenderesse est condamnée à lui verser une indemnité de CHF 4'134.- à titre de dépens, TVA et débours inclus (art. 106 al. 1 CPC; art. 20 à 26 de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 [LaCC - E 1 05]; art. 84 et 85 du RTFMC). Ce montant comprend une majoration de 10% du tarif de base afin de tenir compte de l'importance de la cause, de ses difficultés, de l'ampleur du travail et du temps employé (cinq écritures et deux audiences).

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

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

**Statuant**

**À la forme :**

1. Déclare la demande recevable.

**Au fond :**

2. L'admet et condamne la défenderesse à verser à la demanderesse la somme de CHF 19'053.- avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> octobre 2016.
3. Condamne la défenderesse à verser à la demanderesse une indemnité de CHF 4'134.-, à titre de dépens, TVA et débours inclus.
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

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI

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