

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/787/2017

ATAS/862/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 5 octobre 2017

5^{ème} Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée à BERNEX, représentée par ADC-
Association de défense des chômeur-se-s

demanderesse

contre

BALOISE ASSURANCE SA, sise Aeschengraben 21, BASEL,
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Christian
GROSJEAN

défenderesse

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame A_____, née le _____ 1965, a été engagée en qualité de femme de chambre par Madame B_____, titulaire de l'entreprise individuelle C_____, ayant pour but le nettoyage d'hôtels (ci-après : l'employeur) sur la base d'un contrat de travail de durée indéterminée prenant effet le 1^{er} juin 2014. À ce titre, elle était assurée auprès de Bâloise Assurance SA (ci-après : l'assureur ou la défenderesse) pour la perte de gain en cas de maladie via l'assurance collective d'indemnités journalières souscrite par son employeur. Son salaire brut était de CHF 3'400.- par mois, versé en douze mensualités, soit CHF 40'880.- par année, montant auquel s'ajoutait une prime annuelle s'élevant à 0.75% du salaire mensuel.
2. Le 26 août 2014, le docteur D_____, spécialiste FMH en médecine générale a délivré un certificat médical à l'assurée, mentionnant une incapacité de travail totale pour cause de maladie à compter du 21 août 2014.
3. Après avoir fait état, le 8 septembre 2014, d'une incapacité de travail diminuée à 50% à compter du 10 septembre 2014, le Dr D_____ a revu ce taux à la hausse (100%) du 25 septembre 2014 au 19 octobre 2014. À partir du 20 octobre 2014, l'assurée a alterné plusieurs périodes d'incapacité de travail ininterrompues, tantôt de 50%, tantôt de 100%, ce dernier taux étant resté stable du 18 mai 2015 au 31 janvier 2016 selon ce médecin. Pour sa part, l'assureur a versé des indemnités journalières correspondantes du 20 septembre 2014 au 31 janvier 2016, d'abord à l'employeur jusqu'au 31 octobre 2015 puis à l'assurée à partir du 1^{er} novembre 2015.
4. Dans un rapport du 21 octobre 2014 à l'assureur, le Dr D_____ a posé les diagnostics de lombosciatalgie droite et de status après cure de hernie discale L4-L5 en 2005. La première consultation remontait au 22 août 2014 pour des lombalgies progressives depuis cinq jours. Il existait une raideur dorso-lombaire avec limitation de mouvement dans les trois axes. Étant donné que l'assurée était également algique, le Dr D_____ lui avait prescrit du repos, des AINS (anti-inflammatoires non stéroïdiens) et de la physiothérapie, ajoutant qu'il convenait d'éviter non seulement le port de charges supérieures à 10 kg, mais aussi de pousser et de tirer des poids.
5. Dans un rapport du 4 mai 2015, le Dr D_____ a indiqué que le pronostic ne s'était pas amélioré depuis l'automne 2014. L'assurée travaillait actuellement à 50%, souvent avec de fortes doses d'antalgiques.
6. Par courrier du 4 août 2015, l'assureur a fait savoir à l'assurée qu'il entendait mettre en œuvre une expertise médicale auprès du docteur E_____, spécialiste FMH en rhumatologie.
7. Par courrier du 14 septembre 2015, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'assurée pour le 31 octobre 2015.

8. Le 24 septembre 2015, le Dr E_____ a rendu son rapport d'expertise. Après avoir retracé l'anamnèse de l'assurée, recueilli ses plaintes et l'avoir examinée le 22 septembre 2015, l'expert a posé les diagnostics suivants :
- lombosciatalgies droites de type S1 avec des signes en faveur de dysesthésies et d'une hypoesthésie dans le dermatome S1, associées à un syndrome lombo-vertébral clair ;
 - tendinobursite du moyen fessier droit ;
 - conflit sous-acromial avec une tendinopathie discrète de la coiffe des rotateurs de l'épaule droite.

Au vu du syndrome lombo-vertébral clair et de signes cliniques en faveur d'une atteinte radiculaire S1 droite, la capacité de travail dans un emploi de femme de chambre était nulle et le pronostic d'une reprise de cette activité mauvais, sauf si la réponse aux traitements préconisés par l'expert était « spectaculaire ». Si tel n'était pas le cas, ce qui était l'hypothèse la plus probable, il fallait envisager un emploi moins pénible physiquement avec un taux de travail de 50% pendant un mois, augmenté éventuellement ensuite à 100%. Quoiqu'il en soit, le fait de ne pas parler français rendait l'espoir d'une réadaptation professionnelle dans un emploi plus léger assez faible.

9. Le 8 octobre 2015, l'assurée a déposé une demande de prestations auprès de l'office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : l'OAI).
10. Par courrier du 19 octobre 2015, l'assureur a fait savoir à l'assurée qu'une reprise de son activité habituelle de femme de ménage n'était plus envisageable mais qu'une telle restriction ne concernait pas d'autres types d'activités. En tenant compte de la fin des rapports de travail au 31 octobre 2015, il a imparti un délai de trois mois à l'assurée, soit jusqu'au 31 janvier 2016, pour lui permettre de s'inscrire au chômage et rechercher une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles, ajoutant que le versement des indemnités journalières se poursuivrait à 100% d'ici là.
11. Par courrier du même jour, l'assureur a fait suivre au Dr D_____ un exemplaire du rapport d'expertise du 24 septembre 2015 en précisant que son service médical était d'avis qu'une reprise de travail dans une activité adaptée pouvait être exigée à 50% dès le 1^{er} janvier 2016 et à 100% dès le 1^{er} février 2016. L'assureur a également fait savoir au Dr D_____ que s'il n'était pas d'accord avec les conclusions de l'expertise, il fallait qu'il en fasse part de manière détaillée au docteur F_____, généraliste, interniste et médecin-conseil de l'assureur. Enfin, l'assureur a précisé que la simple délivrance, sans explications, d'un certificat médical ne pouvait constituer une « opposition motivée » et ne permettait pas la reprise du versement des indemnités journalières.
12. Dans un rapport du 23 décembre 2015 à l'OAI, le Dr D_____ a indiqué que le début de la « longue maladie » remontait à octobre 2013. Après plusieurs épisodes

d'incapacité temporaire dès l'été 2014, l'incapacité de travail dans l'activité habituelle était entière depuis le 18 août 2015, alors que dans une activité adaptée, la capacité de travail exigible était de 50% dès février 2016.

13. Par communication du 5 janvier 2016, l'OAI a informé l'assurée qu'il prenait en charge les frais d'un cours de français dans le cadre des mesures d'intervention précoce.
14. L'assurée s'est inscrite à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) en sollicitant des indemnités d'assurance-chômage dès le 1^{er} février 2016.
15. Par projet de décision du 4 mai 2016, l'OAI a rejeté la demande de prestations du 8 octobre 2015. Au regard des limitations fonctionnelles retenues, l'assurée pouvait, dès le 1^{er} février 2016, exercer une activité adaptée à temps complet sur le marché équilibré du travail, sans qu'une formation complémentaire ne soit nécessaire. En comparant le revenu sans invalidité (CHF 42'500.-) à celui qui était réalisable avec invalidité (CHF 47'054.-), la perte de gain et le degré d'invalidité étaient nuls. L'assurée ne remplissait donc pas les conditions d'octroi d'une rente d'invalidité. En outre, des mesures professionnelles n'étaient pas indiquées dans la mesure où celles-ci n'étaient pas de nature à améliorer sa capacité de gain.
16. Le 19 mai 2016, l'OCE a prononcé une décision à teneur de laquelle l'assurée était apte au placement à raison d'une disponibilité à l'emploi de 25% dès le 1^{er} février 2016. Il ressort de cette décision que par lettre expédiée le 10 mai 2016, l'assurée avait produit un certificat du Dr D_____ du 2 mai 2016, attestant d'une reprise du travail à 25% dès le 1^{er} mai 2016 et qu'elle envisageait prochainement la reprise d'une activité adaptée à 25%. Selon l'OCE, même si le projet de décision de l'OAI du 4 mai 2016 constatait l'exigibilité d'une activité professionnelle adaptée à plein temps dès le 1^{er} février 2016 sur le marché équilibré du travail, il n'en restait pas moins qu'au vu du certificat du Dr D_____ du 2 mai 2016, l'assurée disposait d'une aptitude au placement objective et subjective à un taux de 25%. Ainsi, son incapacité de travail, qui avait débuté « en août 2015 » (sic), était « passagère à ce taux ». Toutefois, dans la mesure où l'assurée n'avait jamais remis de certificat de reprise pour un taux d'activité supérieur à 25%, il y avait lieu de retenir que l'incapacité de travail de l'assurée était durable à un taux de 25%. Aussi convenait-il de la déclarer apte au placement dès le 1^{er} février 2016, à raison d'une disponibilité à l'emploi de 25%.
17. Par courrier du 6 juin 2016 au Dr D_____, l'assureur s'est référé aux certificats médicaux de ce médecin qui mentionnaient un arrêt de travail à 100% du 2 au 29 février 2016 puis à 75% dès le 1^{er} mai 2016. Aussi l'assureur lui a-t-il rappelé que la simple délivrance, sans explications, d'un certificat médical ne pouvait constituer une « opposition motivée » et ne permettait pas de poursuivre le versement des indemnités journalières. De ce fait, le rapport d'expertise du Dr E_____, concluant à une reprise totale dès le 1^{er} février 2016, faisait toujours foi.

18. Par décision du 13 juin 2016, l'OAI a repris intégralement le contenu de son projet de décision du 4 mai 2016, motif pris qu'en l'absence de contestation de la part de l'assurée dans le délai fixé, il était parti de l'idée que celle-ci était d'accord avec ledit projet. En l'absence de recours, cette décision est entrée en force.
19. Le 16 juin 2016, l'assurée a formé opposition à la décision de l'OCE du 19 mai 2016 en faisant valoir en substance qu'elle devait être considérée comme étant apte au placement à 100% dès le 1^{er} février 2016, référence étant faite au rapport d'expertise du Dr E_____ du 24 septembre 2015 et au courrier de l'assureur du 6 juin 2016 au Dr D_____.
20. Par décision du 19 juillet 2016, l'OCE a rejeté l'opposition formée le 16 juin 2016 par l'assurée au motif qu'elle ne pouvait aucunement tirer parti des conclusions du rapport d'expertise du Dr E_____. Étant donné qu'elle avait remis à l'OCE des certificats médicaux du Dr D_____ attestant d'une incapacité de travail complète du 18 août 2015 au 30 avril 2016, puis à 25% dès le 1^{er} mai 2016, l'assurée avait montré, par actes concluants, qu'elle entendait précisément ne pas tenir compte des conclusions du Dr E_____. C'était donc à juste titre que l'OCE, dans sa décision du 19 mai 2016, l'avait déclarée apte au placement à raison d'une disponibilité à l'emploi de 25% dès le 1^{er} février 2016.
21. Par décision du 12 décembre 2016, l'OCE a nié à l'assurée son droit aux prestations cantonales en cas d'incapacité passagère de travail dès le 1^{er} décembre 2016, et ce pour toute la durée de son incapacité de travail actuelle de 100%, motif pris que les causes de cette incapacité étaient intervenues avant son affiliation à l'assurance-chômage et lui étaient connues depuis le 18 août 2015 au moins.
22. Par courrier du 3 janvier 2017, l'assurée, agissant par l'entremise d'un mandataire, s'est adressée à l'assureur en l'invitant à reprendre, de manière rétroactive, le versement des indemnités journalières à compter du 1^{er} février 2016. Elle a soutenu que la fin du versement de ces prestations au 31 janvier 2016 reposait en définitive sur une interprétation erronée du rapport d'expertise du Dr E_____ et qu'une telle suppression des indemnités journalières se justifiait d'autant moins que son état de santé s'était encore aggravé, son incapacité de travail étant totale depuis le 1^{er} juillet 2016 et son aptitude au placement inexistante depuis cette date. Par ailleurs, l'OCE ne lui avait reconnu qu'une aptitude au placement de 25% au moment de son inscription au chômage.
23. À l'appui de ses conclusions, l'assurée a produit un rapport du 13 décembre 2016 de la doctoresse G_____, spécialiste FMH en médecine interne et rhumatologie. Cette dernière a indiqué qu'elle suivait l'assurée depuis le 15 août 2016, précisant que l'assurée avait subi une hémilaminectomie L5 gauche en 2002, apparemment compliquée d'un problème infectieux. Dans son activité de femme de chambre, les lombosciatalgies avaient récidivé, cette fois à droite, et étaient devenues très importantes en août 2015, raison pour laquelle l'assurée était en arrêt de travail depuis lors. Elle avait bénéficié de plusieurs infiltrations qui n'avaient pas été très

efficaces. Elle avait également été traitée par physiothérapie, anti-inflammatoires et Lyrica, sans amélioration notable. Actuellement, les douleurs étaient toujours présentes, de type lombosciatalgies S1 droites, devenant hyperalgiques avec, sur une IRM répétée récemment le 8 décembre 2016, la description d'une petite hernie discale L4-L5, semblant rentrer en conflit avec la racine L5 droite. Actuellement, en raison de ses douleurs, l'assurée ne pouvait pas rester debout ni assise longtemps. Elle ne pouvait pas non plus effectuer de travaux lourds ni porter de charges. Sa capacité de travail était nulle en tant que femme de chambre.

24. Par acte du 6 mars 2017, l'assurée a saisi la chambre de céans d'une demande en paiement contre l'assureur, concluant à ce que dernier soit condamné au paiement d'un montant de CHF 22'321.85, représentant le solde d'indemnités journalières dues pour une incapacité de travail de 75% du 1^{er} février 2016 au 30 novembre 2016 (soit trois-cent-quatre jours à CHF 95.- sous déduction de CHF 6'558.15 déjà perçus au titre d'indemnités journalières de l'assurance-chômage), avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} février 2016. Elle a également conclu au versement d'un montant de CHF 11'780.- à titre d'indemnités journalières pour une incapacité de travail entière du 1^{er} septembre 2016 au 31 mars 2017.

25. Par réponse du 8 mai 2017, la défenderesse a conclu au déboutement de la demanderesse de toutes ses conclusions, sous suite de frais et dépens.

Le rapport d'expertise du Dr E_____ devait se voir reconnaître pleine valeur probante, d'autant que la Dresse G_____, dans son rapport du 13 décembre 2016, rejoignait l'avis de cet expert puisqu'elle ne retenait aucunement que la demanderesse eût été incapable de travailler dans une activité adaptée. En outre, l'OAI, par décision du 13 juin 2016, aujourd'hui définitive et exécutoire, avait retenu que la capacité de travail était nulle dans l'activité habituelle mais entière dans une activité adaptée dès le 1^{er} février 2016. De plus, le Dr D_____, médecin traitant de la demanderesse, dans son rapport du 23 décembre 2015 à l'OAI, avait retenu que dans une activité adaptée, la capacité de travail exigible était de 50% dès le mois de février 2016. En soutenant qu'elle se serait trouvée en incapacité de gain de 75% à tout le moins du 1^{er} février au 19 août 2016, la demanderesse s'écartait des déclarations de son propre médecin-traitant. Ainsi, si par impossible la défenderesse devait être amenée à verser des indemnités journalières à la demanderesse, celles-ci devraient être fondées sur un degré d'incapacité de gain de 50% et correspondre au plus à CHF 9'547.50 (soit deux-cent-un indemnités journalières à CHF 95.-, réduites à 50%). De même, si la défenderesse devait être tenue de verser des indemnités journalières en cas de maladie, il conviendrait alors d'imputer sur ces dernières les montants d'ores et déjà versés durant la même période par la caisse cantonale genevoise de chômage, à concurrence de CHF 6'688.75.-. En toute hypothèse, des intérêts moratoires n'étaient pas dus avant le 4 janvier 2017, date de réception de l'interpellation de la demanderesse du 3 janvier 2017.

26. Par réplique du 31 mai 2017, la demanderesse a admis l'ensemble des allégués de la défenderesse et réduit sa demande à CHF 14'321.35, soit deux-cent-un indemnités journalières restantes à 75% pour la période du 1^{er} février au 19 août 2016. Les Drs E_____, D_____, G_____ ainsi que l'OAI s'accordaient certes à dire que la demanderesse conservait une capacité de travail dans une activité adaptée, il n'en demeurait pas moins que l'OCE n'avait jamais admis ce raisonnement et limité l'aptitude au placement de la demanderesse à 25% sans toutefois lui accorder l'indemnité journalière complète. Étant une personne sans formation et ne parlant pas français, la demanderesse voulait bien admettre qu'elle conservait une capacité de travail complète dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles. Cependant, dans la mesure où l'assurance-chômage n'acceptait pas de l'inscrire dans un domaine d'activité autre que celui où elle exerçait initialement et dans lequel elle pourrait exercer un emploi adapté à son handicap, un tel emploi devenait tout à fait théorique au point où l'on pouvait se demander s'il ne constituait pas une fiction. En conséquence, les activités adéquates pouvant entrer en ligne de compte restaient inexistantes.
27. Par duplique du 14 juin 2017, la défenderesse a soutenu que dès lors que la demanderesse ne contestait pas les allégués de sa partie adverse, elle admettait donc aussi qu'elle pouvait parfaitement exercer une activité adaptée à plein temps dès le 1^{er} février 2016. De ce fait, on pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle adaptât son activité ou qu'elle acceptât une autre activité correspondant à ses limitations au terme du délai raisonnable de trois mois qui lui avait été imparti le 19 octobre 2015.
28. Entendue le 14 septembre 2017 par la chambre de céans, la demanderesse a déclaré avoir été opérée le 22 mars 2017 d'une hernie discale et avoir retrouvé un emploi à 50% le 1^{er} juin 2017, ce travail consistant à aider une personne âgée pour le ménage et la cuisine.
- Pour sa part, la défenderesse a relevé que la demanderesse avait cédé sa créance à l'encontre de la défenderesse à l'Hospice général. Elle a également souligné que, dans sa décision du 13 juin 2016, l'OAI avait retenu que la demanderesse jouissait d'une capacité pleine et entière dans une activité adaptée dès le 1^{er} février 2016.
- Au terme de leurs plaidoiries, les parties ont persisté dans le contenu de leurs écritures et de leurs conclusions respectives.
29. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. a. Conformément à l'art. 7 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC; RS 292) et à l'art. 134 al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, 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).

Le contrat d'assurance collective d'indemnité journalière en cas de maladie n° 80/9.880.1175-0 étant soumis à la LCA, la compétence *ratione materiae* de la chambre de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

b. En l'espèce, l'art. G18 des conditions contractuelles/dispositions communes (ci-après : CGA) prévoit qu'en cas de litige, l'assuré peut porter agir contre l'assureur à son lieu de domicile en Suisse ou celui de Bâle-Ville mais aussi à son lieu de travail.

Compte tenu du domicile et du lieu de travail de la demanderesse, la compétence de la chambre de céans pour juger du cas d'espèce est également donnée à raison du lieu.

c. L'employeur en tant que preneur d'assurance et la défenderesse en qualité d'assureur ont conclu un contrat collectif d'indemnité journalière selon la LCA. Par cette convention, la demanderesse était couverte contre le risque de perte de gain due à la maladie. Il s'agit d'une assurance au profit de tiers (cf. art. 18 al. 3 LCA), qui confère un droit propre à l'assuré qu'il peut faire valoir contre l'assureur en vertu de l'art. 87 LCA, de nature impérative (cf. art. 98 LCA; ATF 141 III 112 consid. 4.3).

Par conséquent, la demanderesse possède la légitimation active pour agir contre la défenderesse.

d. 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 rappelé que le législateur genevois a fait usage de cette possibilité (art. 134 al. 1 let. c LOJ).

e. Pour le surplus, la demande en paiement du 6 mars 2017 respecte les conditions légales et de forme (art. 130 et 244 CPC). Elle est donc recevable.

2. La demanderesse ayant réduit ses conclusions en cours d'instance, le litige porte sur son droit à des indemnités journalières à 75% pour la période du 1^{er} février 2016 au 19 août 2016.
3. La procédure simplifiée s'applique aux litiges portant sur des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal (art. 243 al. 2 let. f CPC) et la chambre de céans établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC).

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

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

4. Selon 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. 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). Cette preuve étant par nature difficile à apporter, l'exigence de preuve est réduite et il suffit que l'ayant droit établisse une vraisemblance prépondérante (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3). L'art. 8 CC donne à l'assureur le droit à la contre-preuve et il peut donc apporter des éléments propres à créer un doute et à ébranler la vraisemblance que l'ayant droit s'efforce d'établir. 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_525/2010 du 4 janvier 2011 consid. 2.2).

Seules doivent être prouvées les allégations qui sont expressément contestées. Une telle contestation doit être suffisamment précise afin que l'on puisse déterminer quelles sont les allégations du demandeur qui sont contestées. En d'autres termes, la contestation doit être concrète à telle enseigne que la partie qui a allégué les faits sache quels sont ceux d'entre eux qu'il lui incombe de prouver. Le degré de la motivation d'une allégation exerce une influence sur le degré exigible de motivation d'une contestation. Plus détaillées sont certaines allégations de la partie qui a le fardeau de la preuve, plus concrètement la partie adverse doit expliquer quels sont au sein de celles-ci les éléments de fait qu'elle conteste. Le fardeau de la contestation ne saurait toutefois entraîner un renversement du fardeau de la preuve (ATF 141 III 433 consid. 2.6 p. 438 et les références).

La vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ou hypothèses envisageables ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 133 III 81 consid. 4.2.2; ATF 132 III 715 consid. 3.1; ATF 130 III 321 consid. 3.3).

5. 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 ; 127 III 248 consid. 3a, 519 consid. 2a); 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 p. 226; 129 III 18 consid. 2.6 p. 24 ss).

b. L'expertise en tant que moyen de preuve admis au sens de l'art. 168 al. 1 let. d CPC ne vise que l'expertise judiciaire au sens de l'art 183 al. 1 CPC. Une expertise privée n'est en revanche pas un moyen de preuve mais une simple allégation de partie (ATF 141 III 433 consid. 2.5.2 et 2.5.3).

Du point de vue probatoire, un rapport médical est une simple expertise privée qui n'est selon la jurisprudence pas un moyen de preuve mais une simple allégation (ATF 132 III 83 consid. 3.4; ATF 140 III 24 consid. 3.3.3).

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).

6. 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).

En l'occurrence, le contrat d'assurance n° 80/9.880.1175-0, valable à partir du 1^{er} janvier 2014, et l'art. 3 CGA (« indemnité journalière variante couverture en coordination avec la LPP »), prévoient qu'en cas d'incapacité de gain d'au moins 25% consécutive à une maladie et confirmée par un médecin, chaque salarié du preneur d'assurance a droit au versement d'un maximum de 730 indemnités journalières sous déduction du délai d'attente de 30 jours. En cas d'incapacité de gain totale, l'indemnité journalière s'élève à 80% du salaire soumis à l'AVS, proportionnellement au degré de l'incapacité de gain.

L'art. G20 CGA précise qu'il y a incapacité de gain, si la personne assurée est dans l'incapacité totale ou partielle d'exercer, par suite de maladie, sa profession ou toute autre activité professionnelle adéquate pouvant être exigée d'elle et qu'elle ou son employeur subit une perte financière en raison de cette maladie (al. 1). Après l'expiration du délai d'attente prévu par la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI), l'incapacité de gain est fixée selon le taux d'invalidité déterminé par l'assurance-invalidité fédérale (al. 2).

Aux termes de l'art. G21 CGA, les activités adéquates pouvant être exigées de la personne assurée sont celles qui entrent réellement en ligne de compte pour l'assuré

sur le marché du travail et qui, par expérience, lui sont vraiment accessibles au vu de sa formation professionnelle et de ses facultés physiques et intellectuelles.

Selon l'art. A1 CGA, si la personne assurée perçoit des prestations provenant d'autres assurances sociales nationales ou étrangères ou d'une institution de la prévoyance professionnelle pendant la durée de prétention aux prestations d'indemnités journalières, l'assureur lui verse, pour cette période, la différence entre les prestations des assurances sociales et l'indemnité journalière assurée (principe de congruence temporelle).

En vertu de l'art. G3 CGA, la couverture d'assurance prend fin, pour chaque assuré, notamment à l'expiration de la durée maximale du droit aux prestations et lorsqu'il quitte le cercle des personnes assurées. L'art. G13 CGA précise que si la couverture d'assurance cesse, l'assureur continue néanmoins de payer l'indemnité journalière jusqu'à la durée maximale de prestation, pour une incapacité de gain en cours, dans le cadre de la durée des prestations.

Toutefois, l'art. G10 CGA, qui règle les obligations en cas de sinistre, dispose que si la personne assurée est capable d'exercer une autre activité professionnelle que l'on présume comme pouvant être exercée par elle, l'assureur invite ladite personne, après fixation d'un délai raisonnable, à adapter son activité actuelle ou à accepter une autre activité correspondante pouvant être exigée d'elle.

L'art. G10 CGA précise également que si la violation des obligations contractuelles a une influence sur la durée ou le volume de leurs prestations, l'assureur est en droit de refuser ou de réduire celles-ci, à moins que l'assuré ne prouve que la violation des obligations contractuelles ne relève pas de sa faute.

7. L'art. 61 LCA prescrit par ailleurs que, lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage. S'il n'y a pas 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 cette obligation de manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2).

Même si l'art. 61 LCA figure parmi les dispositions spéciales relatives à l'assurance contre les dommages, il exprime un principe général du droit des assurances, qui s'applique également à l'assurance des personnes et aux assurances de sommes, notamment à l'assurance d'indemnités journalières (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1, arrêt du Tribunal fédéral 4A_304/2012 du 14 novembre 2012, consid. 2.2).

L'obligation de réduire 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 cela peut raisonnablement être exigé de lui (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 et les arrêts cités). Mais 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, arrêt du Tribunal fédéral 4A_304/2012 du 14 novembre 2012 consid. 2.3).

8. En l'espèce, la demanderesse a admis l'ensemble des allégués de la défenderesse, allant même jusqu'à ajouter qu'elle voulait bien « admettre qu'elle [conservait] une capacité complète dans une activité adaptée à ses limitations » (cf. réplique, p. 1 par. 6). Cela étant, la maxime inquisitoire sociale ne permet au juge de s'écarter d'une telle admission ou d'interpeller la partie qui en pâtit que si l'inexactitude de l'allégué ressort clairement des pièces du dossier (arrêt du Tribunal fédéral 4A_360/2015 du 12 novembre 2015 consid. 4.2).

À cet égard, il est vrai que l'expertise du 24 septembre 2015 du Dr E_____ – sur laquelle la défenderesse fonde son refus de verser de plus amples prestations au-delà du 31 janvier 2016 – mentionne qu'une « amélioration probable » de la situation au cours des deux prochains mois, avec le traitement préconisé, ne permettrait pas, sauf réponse spectaculaire aux traitements, d'envisager un retour à l'emploi en tant que femme de ménage mais « un emploi moins pénible physiquement avec un taux de travail de 50% pendant un mois et éventuellement ensuite de 100% » (cf. rapport d'expertise p. 10). On ne saurait toutefois considérer que l'allégation d'un retour à une capacité de travail pleine et entière dans une activité adaptée, dès le 1^{er} février 2016, serait clairement contredite par cette expertise et les certificats d'arrêt de travail non motivés produits au cours de sa période de chômage en 2016. En effet, vis-à-vis de l'OCE, la demanderesse s'est elle-même prévalu de l'expertise du Dr E_____ le 16 juin 2016 pour soutenir qu'elle était apte au placement à 100% dès le 1^{er} février 2016. Quant à la Dresse G_____, elle n'indique pas qu'il existerait une incapacité de travail dans une activité adaptée. En outre, l'OAI a considéré dans sa décision du 13 juin 2016, entrée en force, que la demanderesse pouvait exercer à plein temps une activité adaptée sur le marché équilibré du travail dès le 1^{er} février 2016, sans qu'une formation complémentaire ne soit nécessaire.

La demanderesse objecte que, dans sa décision sur opposition du 19 juillet 2016, l'OCE a refusé de lui reconnaître une aptitude au placement supérieure à 25% à compter du 1^{er} février 2016. Ce faisant, elle semble oublier que l'aptitude au placement (cf. art. 15 de la loi sur l'assurance-chômage du 25 juin 1982, LACI; RS 837.0) ne se confond pas avec l'incapacité de gain (cf. art. G20 CG).

Au regard de ces éléments, la chambre de céans considèrera qu'il est établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que la demanderesse dispose d'une capacité de travail entière dans une activité adaptée depuis le 1^{er} février 2016.

9. Il reste à examiner si la défenderesse était en droit de mettre un terme à ses prestations au 31 janvier 2016.

En l'occurrence, c'est par courrier du 19 octobre 2015 que la défenderesse a fait savoir à la demanderesse qu'une reprise de son activité habituelle de femme de ménage n'était plus envisageable, contrairement à d'autres types d'activités. En tenant compte de la fin des rapports de travail au 31 octobre 2015, elle a ainsi imparti un délai de trois mois à la demanderesse, à compter du 1^{er} novembre 2015, durant lequel le versement des indemnités journalières à 100% se poursuivrait pour lui permettre de s'inscrire au chômage et rechercher une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles.

La chambre de céans considère qu'au vu de la durée de l'arrêt de travail total ou partiel (depuis le 21 août 2014), de l'âge relativement avancé de la demanderesse pour rechercher un emploi (50 ans), de son absence de maîtrise du français, de son expérience professionnelle limitée au domaine du nettoyage depuis son arrivée en Suisse en 2012 et des limitations fonctionnelles communiquées en décembre 2015 à l'OAI par son médecin traitant, qui s'avèrent assez importantes (absence d'activités uniquement en position assise ou debout, en terrain irrégulier, en porte-à-faux, les bras au-dessus de la tête, accroupie, à genoux, impliquant des rotations en position assise/debout ou le port de charges de plus de 1 kg), le délai d'adaptation fixé par la défenderesse au 31 janvier 2016 apparaît trop bref pour permettre à la demanderesse de trouver un employeur qui soit disposé à l'engager dans ces circonstances, à plus forte raison que la défenderesse a précisé dans son courrier du 19 octobre 2015 au Dr D_____ que son service médical était d'avis que la capacité de travail de la demanderesse dans une activité adaptée n'existait qu'à partir du 1^{er} janvier 2016, qui plus est à 50%, l'augmentation de ce taux à 100% n'étant prévue qu'au 1^{er} février 2016. En tenant compte de l'ensemble des facteurs qui précèdent, il se justifie de prolonger le délai imparti jusqu'au 29 février 2016.

10. Partant, la défenderesse doit des indemnités journalières du 1^{er} au 29 février 2016, délai pendant lequel l'indemnité journalière versée jusqu'au 31 janvier 2016 continue à être due au même taux, soit à 100% (cf. ATF 133 III 527 consid. 3.2.1).

Pour la période du 1^{er} au 29 février 2016, les indemnités s'élèvent à CHF 95.- par jour, soit CHF 2'755.- sur vingt-neuf jours.

11. La défenderesse soutient qu'au vu des prestations d'assurance-chômage versées en faveur de la demanderesse sur cette même période, il convient de déduire ces dernières des indemnités journalières dues par la défenderesse en application de l'art. A1 CGA.

Se pose toutefois la question de savoir si les indemnités de chômage et d'assurance maladie perte de gain ont une concordance fonctionnelle et, dans l'affirmative, qui de la défenderesse ou de la caisse de chômage peut exercer les droits découlant d'une éventuelle surindemnisation.

L'art. 28 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0) prescrit que les assurés qui ne sont pas aptes ni à travailler ni à être placés ou

ne le sont que partiellement en raison d'une maladie, d'un accident ou d'une grossesse et qui de ce fait ne peuvent satisfaire aux prescriptions de contrôle, ont droit à la pleine indemnité journalière, sous réserve du respect des autres conditions légales jusqu'au trentième jour suivant le début de l'incapacité de travail totale ou partielle, mais pour une durée maximale de quarante-quatre indemnités journalières. Selon l'al. 2 de cette disposition, les indemnités journalières de l'assurance-maladie ou de l'assurance-accident qui représentent une compensation de la perte de gain sont déduites de l'indemnité de chômage.

L'art. 28 al. 2 LACI consacre le principe de subsidiarité du versement de l'indemnité de chômage par rapport à l'indemnité perte de gain maladie ou accident. Son but est de prévenir une surindemnisation. Il ne fait pas de différence que l'indemnité soit versée par une assurance soumise à la LAMal ou à la LCA (Boris RUBIN, commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, ad art. 28, p. 283).

Il résulte de ce qui précède qu'en l'espèce, les indemnités dues par la défenderesse en février 2016 doivent être déduites des indemnités journalières versées par la caisse de chômage sur cette même période – et non l'inverse. Par conséquent, la chambre de céans communiquera une copie du présent arrêt à la caisse cantonale genevoise de chômage, de manière à lui permettre, par voie de révision, de supprimer en tout ou partie les prestations qu'elle a octroyées à la défenderesse en février 2016. Ainsi, il n'y a pas lieu de déduire ces dernières des indemnités dues par la défenderesse pour ce même mois.

Partant, la défenderesse sera condamnée à verser à la demanderesse la somme de CHF 2'755.-.

12. a. S'agissant 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. Ce délai n'a plus de raison d'être dès le moment où l'assureur conteste à tort son obligation. La prestation devient alors immédiatement exigible. L'interpellation de l'assureur est nécessaire à sa mise en demeure, laquelle suppose l'exigibilité de la créance. Aucun intérêt moratoire n'est dû par l'assureur qui n'a pas encore été mis en demeure (Olivier CARRE, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, édition annotée, 2000, ad art. 41 LCA, p. 301 et les références citées). L'intérêt moratoire est fixé à 5% conformément aux art. 102 et 104 CO applicables par renvoi de l'art. 100 LCA. Conformément à l'art. 102 al. 1 CO, le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier. L'interpellation doit décrire la prestation à effectuer de manière suffisamment précise pour que le débiteur puisse reconnaître ce que le créancier exige. Si la prestation est pécuniaire, le montant doit en principe être chiffré (ATF 129 III 535).

L'intérêt moratoire n'est dû que depuis le début de la demeure, c'est-à-dire le jour suivant la réception de l'interpellation du débiteur – cas échéant le lendemain de la

notification au débiteur de la demande en justice ou du commandement de payer (Luc THEVENOZ, in Commentaire romand, Code des obligations I ad art. 104 CO, n. 9 p. 621).

b. En l'occurrence, la défenderesse a mis fin, par courrier du 19 octobre 2015, aux indemnités journalières de la demanderesse avec effet au 31 janvier 2016.

Par courrier du 3 janvier 2017, la demanderesse a invité la défenderesse à reprendre le versement des indemnités journalières, ce de manière rétroactive au 1^{er} février 2016. En partant du principe que ce courrier a été reçu le lendemain, l'intérêt moratoire de 5% est dû dès le 5 janvier 2017.

13. La demanderesse, représentée par un conseil, obtenant gain de cause très partiellement, la défenderesse est condamnée à lui verser une indemnité de CHF 600.- 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 Règlement fixant le tarif des frais en matière civile [RTFMC - E 1 05.10]).

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 22 al. 3 let. a LaCC).

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement, en ce sens que Bâloise Assurance SA est condamnée à verser à la demanderesse des indemnités journalières du 1^{er} au 29 février 2016, d'un montant de CHF 2'755.- avec intérêts à 5% dès le 5 janvier 2017.
3. Condamne Bâloise Assurance SA à verser à la demanderesse une indemnité de CHF 600.- 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). Lorsque la valeur litigieuse minimale de 30'000 francs n'est pas atteinte, le recours n'est recevable que si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 74 al. 2 let. a 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 valeur litigieuse des conclusions pécuniaires est en l'espèce, au sens de la LTF, inférieure à CHF 30'000.-.

La greffière

La présidente

Diana ZIERI

Maya CRAMER

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