

Assurance collective  
d'indemnités journalières  
LCA, obligation de diminuer  
le dommage, Covid-19

**Art. 61a et 38 aLCA ; 8 CC ;  
9 Cst. ; 7 CPC**

L'assurée, née en 1959, a travaillé, dès le 1<sup>er</sup> janvier 1996, pour une entreprise en qualité d'employée de commerce. L'employeuse avait souscrit une assurance collective perte de gain en cas de maladie après de la société d'assurance intimée. En cas de sinistre, elle s'engageait à verser des indemnités journalières pendant 730 jours, sous déduction d'un délai d'attente de sept jours. L'art. D1 des conditions générales d'assurance précisait : « *Est incapable de travailler la personne qui, en raison d'une maladie, ne peut exercer son activité professionnelle habituelle, ou, si l'incapacité dure un certain temps, reste dans l'impossibilité d'exercer toute autre activité raisonnablement exigible eu égard à son état de santé et à ses aptitudes* » (c. A).

Victime d'une atteinte psychiatrique, soit une phobie de contamination par la COVID-19 cumulée à un épisode dépressif moyen, l'assurée a été incapable de travailler du 9 au 31 mars 2020, puis dès le 11 mai 2020. L'employeuse lui a signifié son licenciement pour le 28 février 2021 (c. A.b). Sur le plan médical, les troubles de l'assurée étaient incompatibles avec une quelconque activité exigeant un contact avec autrui. La seule activité exigible était du télétravail à domicile, sans aucun contact avec des personnes et objets venant de l'extérieur. Le handicap n'était pas lié à une incapacité d'exercer le métier en lui-même, mais à une incapacité de surmonter les exigences de contact minimal exigible pour un travail (c. A.c).

La société d'assurance intimée a versé 301 indemnités journalières jusqu'au 28 février 2021 et cessé ses versements à cette date sur avis de son médecin-conseil qui estimait la capacité de travail de l'assurée à 100 % dès le 1<sup>er</sup> mars 2021 (c. A.f). Sur action de l'employée contre la société d'assurance portant sur un solde de 412 indemnités journalières, le tribunal cantonal l'a admise (c. B).

**En droit**, s'il est acquis que l'assurée est inapte au travail dans son activité habituelle en entreprise dès le 1<sup>er</sup> mars 2021, le litige dont est saisi le TF porte uniquement sur **la question de savoir si un changement d'activité intégrant ses limitations fonctionnelles peut raisonnablement être exigé d'elle** – l'enjeu étant le solde d'indemnités journalières (c. 3).

L'art. 61 aLCA, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021, consacrait une « **obligation de sauvetage** » et son pendant actuel figure à l'art. 38a LCA (c. 4.1). **L'obligation de réduire le dommage**, codifiée à l'art. 61 aLCA, peut impliquer un changement de profession si cela peut raisonnablement être exigé de l'ayant droit et si cela permet de réduire l'incapacité de travail. L'assureur qui entend être mis au bénéfice de l'art. 61 al. 2 aLCA doit inviter l'ayant droit à changer d'activité et lui impartir un délai d'adaptation approprié ; en règle générale, un délai de trois à cinq mois est jugé adéquat. L'art. 61 al. 2 aLCA ne permet pas à l'assureur de réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique, irréalisable en pratique : le juge doit bien plutôt analyser la situation concrète. Partant, il doit se demander, d'après l'âge de l'ayant droit et l'état du marché du travail, quelles sont ses chances réelles de trouver un emploi avec ses limitations fonctionnelles. Le juge doit également examiner, en fonction de la formation, de l'expérience et de l'âge de l'ayant droit, si un tel changement d'activité peut réellement être exigé de lui (c. 4.2). L'assureur doit **prouver** que l'ayant droit a violé son devoir de réduire le dommage (art. 8 CC), à savoir qu'il n'a pas pris les mesures qu'on aurait pu raisonnablement attendre de lui en vue de **diminuer le dommage** (c. 4.3).

En l'espèce et sur la base des principes ci-dessus, la cour cantonale a estimé que l'assurée n'avait **aucune chance de retrouver un travail adapté à ses limitations fonctionnelles**, que ce fût le 1<sup>er</sup> mars 2021 ou plus tard (c. 5.1). Le **TF confirme le raisonnement de l'instance inférieure et rejette le recours**, ne décelant aucun arbitraire dans la constatation des faits ou l'appréciation des preuves, respectivement aucune violation de l'art. 61 aLCA (c. 5.2 et 5.3).

Sous l'angle de cas particulier de la **pandémie**, le TF souligne encore que la **COVID-19** n'est ici qu'un épiphénomène. L'assurée a certes développé une phobie à cause de cette maladie, mais elle aurait

tout aussi bien pu contracter sans cette pandémie une maladie entraînant les mêmes limitations sans que le raisonnement ne s'en trouve modifié. **Ses perspectives de retrouver un emploi sans pouvoir ne serait-ce que se présenter à un entretien d'embauche, réceptionner des objets extérieurs ou avoir un simple contact humain direct sont inexistantes, si on les met en perspective avec son âge, sa formation et la profession qu'elle a exercée durant plus de vingt-cinq ans (c. 5.3).**

**Auteur : Philippe Eigenheer, avocat à Genève et dans le canton de Vaud**

Recours en matière civile contre l'arrêt rendu le 22 septembre 2022 par la Cour civile du Tribunal cantonal du canton du Jura (CC 20 /2022).

## **Faits :**

### **A.**

**A.a.** Née le 20 février 1959, Z. (l'assurée) a travaillé dès le 1<sup>er</sup> janvier 1996 pour une entreprise à... (JU) en qualité d'employée de commerce.

L'employeuse avait souscrit une assurance collective perte de gain en cas de maladie auprès de A. SA (la société d'assurance). En cas de sinistre, celle-ci s'engageait à verser des indemnités journalières pendant 730 jours, sous déduction d'un délai d'attente de sept jours.

L'art. D1 des conditions générales d'assurance précisait:

« Est incapable de travailler la personne qui, en raison d'une maladie, ne peut exercer son activité professionnelle habituelle, ou, si l'incapacité dure un certain temps, reste dans l'impossibilité d'exercer toute autre activité raisonnablement exigible eu égard à son état de santé et à ses aptitudes ».

**A.b.** Victime d'une atteinte psychiatrique, soit une phobie de contamination par la COVID-19 cumulée à un épisode dépressif moyen, l'assurée a été incapable de travailler du 9 au 31 mars 2020, puis dès le 11 mai 2020.

L'employeuse lui a signifié son licenciement pour le 28 février 2021.

**A.c.** Le Dr D., psychiatre et psychothérapeute FMH, a indiqué que l'assurée avait des antécédents de troubles anxieux dépressifs. Elle était considérée comme une « personne à risque COVID-19 » et son père était décédé de ce virus. Les troubles s'étaient installés progressivement depuis l'apparition de la pandémie, puis elle avait connu une décompensation sous la forme de crises de panique, conduites obsessionnelles et d'évitement ayant conduit à un isolement social préoccupant. La patiente ne voyait plus ses enfants et petits-enfants. Ses troubles étaient incompatibles avec une quelconque activité exigeant un contact avec autrui. La seule activité exigible était du télétravail à domicile, sans aucun contact avec des personnes et objets venant de l'extérieur.

Dans un rapport ultérieur, il a précisé que le handicap n'était pas lié à une incapacité d'exercer le métier en lui-même, mais à une incapacité de surmonter les exigences de contact minimal exigible pour un travail. Son pronostic pour l'évolution de cette maladie était peu favorable.

**A.d.** Le 22 octobre 2020, l'assurée a déposé une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité. Elle s'est heurtée à un refus, le médecin SMR estimant qu'elle disposait d'une pleine capacité de travail médico-théorique dans une activité adaptée, telle une activité en télétravail.

**A.e.** L'assurée a encore pris contact avec l'Office régional de placement. Celui-ci l'a jugée inapte au placement: l'incapacité de se présenter ne serait-ce qu'à un entretien d'embauche rendait un placement sur le marché du travail impossible, ou du moins extrêmement difficile. Même si un employé effectuait du télétravail, cela n'excluait pas qu'il doive se rendre en entreprise.

**A.f.** La société d'assurance a versé 301 indemnités journalières jusqu'au 28 février 2021. Elle avait prévenu le 7 décembre 2020 qu'elle cesserait ses versements à cette date, sur avis de son médecin-conseil qui estimait la capacité de travail de l'assurée à 100% dès le 1<sup>er</sup> mars 2021. Elle a refusé d'infléchir sa position.

**B.**

Le 4 mars 2022, l'assurée a actionné la société d'assurance devant la Cour civile du Tribunal cantonal du canton du Jura. Elle réclamait 58'874 fr. 80, correspondant à un solde de 412 indemnités journalières de 142 fr. 90 chacune.

L'assurée a été interrogée à l'audience du 5 septembre 2022. Selon ses dires, la situation n'avait guère évolué. Elle avait contracté la COVID le 16 août 2022, ce qui lui avait permis de se rendre à l'audience. Cependant, elle ne touchait toujours pas les commissions qu'elle laissait dans le hall d'entrée, puis les entreposait dans un réfrigérateur séparé. Personne n'était venu chez elle en 2021. Ses relations avec sa famille étaient difficiles. Elle n'avait plus vu sa fille depuis plus d'un an et demi et elle faisait toujours chambre à part avec son conjoint de peur d'être contaminée. Elle ne sortait pas de son immeuble sauf pour évacuer les déchets. En une année, elle avait commandé pour 2'000 fr. de désinfectants et de sprays à la pharmacie. Elle se lavait tellement les mains qu'elle avait des plaies qu'elle devait bander la nuit. Elle avait été licenciée car son employeuse ne pouvait pas mettre en place le télétravail. Il lui était impossible de toucher des documents. Elle ne savait pas comment désinfecter du papier et aurait dû attendre une semaine sans toucher les dossiers, ce qui l'empêchait de les traiter rapidement.

Par arrêt du 22 septembre 2022, le Tribunal cantonal jurassien a admis la demande et condamné la société d'assurance à verser 58'874 fr. 80 plus intérêts à l'assurée.

**C.**

La société d'assurance a interjeté un recours en matière civile à l'issue duquel elle prie le Tribunal fédéral de rejeter la demande.

L'assurée intimée a conclu au rejet du recours dans sa réponse, ce qui n'a inspiré aucun commentaire à la recourante.

L'autorité précédente a également préconisé le rejet du recours.

**Considérant en droit :**

**1.**

Le litige porte sur une assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale au sens de l'art. 7 CPC, régie par la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1); il ressortit dès lors à la matière civile (art. 72 al. 1 LTF; ATF 138 III 2 consid. 1.1; 133 III 439 consid. 2.1). La Cour civile du Tribunal cantonal jurassien a statué en instance cantonale unique (art. 4 al. 2 LiCPC, RSJ 271.1; ATF 138 III 799 consid. 1.1), si bien qu'un recours peut être interjeté directement au Tribunal fédéral (art. 75 al. 2 let. a LTF), sans égard à la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b LTF). Au surplus, la société d'assurance, condamnée à verser des indemnités journalières (art. 76 al. 1 LTF), a agi contre une décision finale (art. 90 LTF) dans le délai (art. 100 al. 1 LTF en lien avec l'art. 45 al. 1 LTF) et la forme prévus par la loi (art. 42 LTF), de sorte que son recours est recevable sur le principe.

## 2.

**2.1.** Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut rectifier ou compléter ses constatations que si elles sont manifestement inexactes - c'est-à-dire arbitraires au sens de l'art. 9 Cst. - ou si elles découlent d'une violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF).

L'appréciation des preuves est entachée d'arbitraire lorsque le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de prendre en compte des preuves pertinentes ou a tiré des déductions insoutenables à partir des éléments recueillis (ATF 137 III 226 consid. 4.2; 136 III 552 consid. 4.2).

S'il entend critiquer l'état de fait retenu dans l'arrêt attaqué, le justiciable doit satisfaire au principe strict de l'allégation énoncé à l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 140 III 264 consid. 2.3 et les références citées) : il doit expliquer clairement et de manière circonstanciée ce qui justifierait d'opérer des rectifications ou de combler des lacunes (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 et les références citées). Dans cette seconde hypothèse, il doit démontrer, par des renvois précis aux pièces du dossier, qu'il a présenté aux autorités cantonales, conformément aux règles de la procédure, les faits juridiquement pertinents et les moyens de preuve adéquats (ATF 140 III 86 consid. 2).

**2.2.** Sous réserve de la violation des droits constitutionnels (art. 106 al. 2 LTF), le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Cependant, il peut se contenter d'examiner les griefs soulevés, sous réserve d'erreurs juridiques manifestes (ATF 140 III 115 consid. 2 p. 116). La partie recourante doit discuter les motifs de la décision entreprise et expliquer en quoi elle estime que l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 140 III 86 consid. 2).

## 3.

Il est acquis que l'assurée est inapte au travail dans son activité habituelle en entreprise dès le 1<sup>er</sup> mars 2021. Le litige porte uniquement sur la question de savoir si un changement d'activité intégrant ses limitations fonctionnelles peut raisonnablement être exigé d'elle - l'enjeu étant un solde d'indemnités journalières.

## 4.

**4.1.** L'art. 61 aLCA, consacrant une « Obligation de sauvetage », en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021 et applicable au cas d'espèce, avait la teneur suivante:

« 1 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.

<sup>2</sup> Si l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie. »

Bien qu'il figurât parmi les dispositions spéciales relatives à l'assurance contre les dommages (art. 48 ss LCA), l'art. 61 aLCA exprimait un principe général du droit des assurances valant également pour l'assurance des personnes, et donc l'assurance de sommes, notamment l'assurance d'indemnités journalières (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1; 128 III 34 consid. 3b; arrêts 4A\_495/2016 du 5 janvier 2017 consid. 2.3, 4A\_10/2016 du 8 septembre 2016 consid. 3.7.2; 4A\_304/2012 du 14 novembre 2012 consid. 2.2, non publié à l'ATF 138 III 799; 4A\_529/2012 du 31 janvier 2013 consid. 2.2). D'ailleurs, son pendant actuel, soit l'art. 38a LCA, quasi identique, figure désormais dans les dispositions générales de la loi.

**4.2.** L'obligation de réduire le dommage, codifiée à l'art. 61 aLCA, peut impliquer un changement de profession, si cela peut raisonnablement être exigé de l'ayant droit et si cela permet de réduire l'incapacité de travail (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1; arrêt précité 4A\_495/2016 consid. 2.3; arrêts 4A\_521/2015 du 7 janvier 2016 consid. 3.3, 4A\_574/2014 du 15 janvier 2015 consid. 4.1; arrêt précité 4A\_529/2012 consid. 2.3). L'assureur qui entend être mis au bénéfice de l'art. 61 al. 2 aLCA doit inviter l'ayant droit à changer d'activité et lui impartir un délai d'adaptation approprié; en règle générale, un délai de trois à cinq mois est jugé adéquat (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 et les arrêts cités; arrêt précité 4A\_529/2012 consid. 2.3).

L'art. 61 al. 2 aLCA ne permet pas à l'assureur de réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique, irréalisable en pratique: le juge doit bien plutôt analyser la situation concrète. Partant, il doit se demander, d'après l'âge de l'ayant droit et l'état du marché du travail, quelles sont ses chances réelles de trouver un emploi avec ses limitations fonctionnelles. Le juge doit également examiner, en fonction de la formation, de l'expérience et de l'âge de l'ayant droit, si un tel changement d'activité peut réellement être exigé de lui (arrêts précités 4A\_495/2016 consid. 2.3; 4A\_574/2014 consid. 4.1; 4A\_529/2012 consid. 2.4; 4A\_304/2012 consid. 2.4).

**4.3.** L'assureur doit prouver que l'ayant droit a violé son devoir de réduire le dommage (art. 8 CC), à savoir qu'il n'a pas pris les mesures qu'on aurait pu raisonnablement attendre de lui en vue de diminuer le dommage (arrêts précités 4A\_574/2014 consid. 4.1 et 4A\_304/2012 consid. 2.3).

## **5.**

**5.1.** En l'espèce, la cour cantonale a estimé que l'assurée n'avait aucune chance de retrouver un travail adapté à ses limitations fonctionnelles, que ce fût le 1<sup>er</sup> mars 2021 ou plus tard. Elle a émis les réflexions suivantes:

L'assurée s'était retrouvée sans emploi à l'âge de 62 ans. Elle avait travaillé un peu plus de vingt-cinq ans au service de la même employeuse. En 2021, le marché du travail était encore fortement impacté par la pandémie de COVID-19. Dans ce contexte et vu ses limitations fonctionnelles, causées en particulier par sa phobie de contamination, la reprise d'une activité professionnelle n'était pratiquement pas réalisable. L'approche du médecin-conseil de la société d'assurance était purement théorique. L'assurée ne pouvait même pas se rendre à un entretien d'embauche. Quant à l'option du télétravail à domicile, elle ne lui permettait pas d'assumer les tâches usuelles d'une employée de commerce (consistant à réceptionner le courrier, le trier, le distribuer et y répondre, respectivement à archiver des documents, recevoir des clients, encadrer des apprentis, etc.). Une telle fonction impliquait des contacts avec des personnes et des objets provenant de l'extérieur. Elle nécessitait de se rendre parfois sur place en entreprise, ne serait-ce que pour y échanger des dossiers, ce dont la demanderesse était incapable d'après son psychiatre traitant, pas plus qu'elle ne pouvait surmonter les exigences de contact minimal qu'imposait tout travail. Aucun employeur n'accepterait de lui livrer les dossiers à domicile tout en lui laissant le temps de s'assurer de leur décontamination, ces exigences étant totalement incompatibles avec la réactivité généralement exigée. Finalement, compte tenu de son âge, de son état de santé dont l'évolution était jugée peu favorable et du fait que les troubles dont elle souffrait nécessitaient généralement une thérapie plus longue que la durée de la pandémie elle-même, il semblait pratiquement impossible qu'elle guérisse et parvienne à retrouver un emploi, à deux ans de l'âge légal de la retraite. Même si un délai plus long lui avait été octroyé pour s'adapter, ses perspectives n'auraient guère été meilleures.

Partant, elle avait droit au solde d'indemnités journalières réclamées.

**5.2.** La société d'assurance estime que l'autorité précédente a versé dans l'arbitraire en constatant les faits, respectivement en appréciant les preuves.

C'est effectivement sous l'angle de l'arbitraire dans l'appréciation des preuves que le jugement cantonal présente un angle d'attaque potentiel. Cela étant, il est exempt de tout reproche à cet égard. La société recourante a beau clamer que les juges cantonaux ne pouvaient s'appuyer sur aucune preuve pour affirmer que l'assurée n'avait aucune chance réelle de retrouver un emploi en mars 2021, et que ces mêmes juges auraient oublié les déclarations de l'assurée en audience: elle échoue à insuffler un quelconque sentiment d'arbitraire. Elle ne conteste d'ailleurs pas la réalité de la maladie de l'assurée ni les limitations fonctionnelles qui en découlent. Sa stratégie consiste bien plutôt à plaider que l'assurée pourrait fort bien effectuer ses tâches d'employée de commerce en télétravail, sans contact direct avec des personnes et des objets extérieurs. La cour cantonale n'est pas allée dans son sens puisqu'elle a estimé qu'une activité de cet ordre n'existait tout simplement pas, ou à tout le moins n'était pas accessible à l'assurée, dont la phobie allait jusqu'à éviter de toucher des dossiers venant de l'extérieur pendant une semaine, ce qui était incompatible avec les exigences de réactivité attendue. A nouveau, une telle appréciation est exempte d'arbitraire. La recourante reproche encore aux juges cantonaux de ne pas s'être alignés sur l'assurance-invalidité qui avait jugé l'assurée apte au télétravail à domicile. Cependant, les juges n'ont pas ignoré cet élément, mais ont refusé de se calquer sur cette appréciation, ce qui n'a rien d'arbitraire.

Cette première salve de griefs se révèle dénuée de fondement.

**5.3.** La recourante dénonce ensuite une transgression de l'art. 61 aLCA. Selon elle, l'assurée devait « démontrer les circonstances concrètes de sa situation permettant de retenir qu'il lui était impossible de trouver un emploi dans sa profession habituel[le], ce à quoi elle a[vait] manifestement failli ». La cour cantonale aurait fait fi de l'absence de toute circonstance de ce type. Son raisonnement revient à affirmer que l'art. 61 aLCA serait inapplicable en raison de la pandémie.

Un tel grief ne saurait davantage prospérer. La recourante méconnaît que c'est sur elle que repose le fardeau de la preuve (consid. 4.3 supra). Et d'ailleurs, l'autorité précédente n'est pas restée dans le doute quant au point de savoir si l'assurée pouvait concrètement retrouver un emploi dans sa profession: elle a répondu à cette question par la négative, si bien que l'art. 8 CC n'entraîne plus en considération (cf. ATF 130 III 591 consid. 5.4). Quant à l'argument selon lequel l'art. 61 aLCA serait vidé de sa substance du fait de la pandémie, il est inconsistant: la COVID-19 n'est ici qu'un épiphénomène. L'assurée a certes développé une phobie à cause de cette maladie, mais elle aurait tout aussi bien pu contracter sans cette pandémie une maladie entraînant les mêmes limitations sans que le raisonnement ne s'en trouve modifié. Comme les juges cantonaux l'ont fort bien exposé, ses perspectives de retrouver un emploi sans pouvoir ne serait-ce que se présenter à un entretien d'embauche, réceptionner des objets extérieurs ou avoir un simple contact humain direct sont inexistantes, si on les met en perspective avec son âge, sa formation et la profession qu'elle a exercée durant plus de vingt-cinq ans.

On ne discerne rien, dans les arrêts cités par la recourante, qui ôte quoi que ce soit à la justesse de ce raisonnement fondé sur les critères préconisés par une jurisprudence constante (cf. supra consid. 4.2).

En bref, le Tribunal fédéral ne constate aucune violation de l'art. 61 aLCA.

**5.4.** Le calcul du solde d'indemnités journalières restant dues n'est pas litigieux, si bien qu'il n'y a pas lieu de s'y pencher (consid. 2.2 supra).

**6.**

Partant, le recours doit être rejeté. En conséquence, la recourante supportera les frais judiciaires et versera à son adverse partie une indemnité pour ses frais d'avocat (art. 66 al. 1 et art. 68 al. 1 et 2 LTF).

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais de procédure, fixés à 3'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

**3.**

La recourante versera à l'intimée une indemnité de 3'500 fr. à titre de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour civile du Tribunal cantonal du canton du Jura.