



POUVOIR JUDICIAIRE

A11890/2006

ATAS/662/2007

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 2**

**du 12 juin 2007**

**En la cause**

Monsieur X  
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître  
Marlène PALLY, avocate

**Demandeur**

**contre**

Y ASSURANCES SA,

défenderesse

Siégeant : Isabelle DUBOIS, Présidente, Florence BRUTSCH et Monique STOLLER  
FÜLLEMANN, Juges assesseurs

---

EN FAIT

1. Monsieur X (ci-après : l'assuré ou le demandeur), né en 1974 et de nationalité tunisienne, a été engagé dès le 26 juin 2001 en tant que magasinier par la Société coopérative M Genève.
2. Il est couvert contre la perte de gain en cas de maladie par une assurance complémentaire individuelle auprès de Y ASSURANCES SA (ci-après : Y) pour une somme de 106 fr. par jour durant 720 jours moyennant le versement d'une prime mensuelle qui s'élevait à 80 fr. 60 en 2005 et à 96 fr. 50 en 2006.
3. Selon le rapport du service extérieur de la Caisse nationale suisse d'assurances en cas d'accidents (Schweizerische Unfallversicherungsanstalt, ci-après: SUVA) du 28 septembre 2005, alors que l'assuré poussait la moto de son beau-frère dans un garage souterrain privé, le 1er avril 2002, il a été déséquilibré et, en essayant de retenir la machine, il s'est cogné la rotule gauche contre le mur du garage, sans tomber. Il a ressenti une très légère douleur au genou gauche qui était un peu égratigné, puis, par la suite, quelques légères douleurs occasionnelles. Le 20 août 2002, il a profité d'une consultation chez le Dr O, généraliste, pour lui faire examiner son genou gauche. Ce dernier lui a prescrit des anti-inflammatoires qui n'ont pas apporté d'amélioration et a attesté une incapacité de travail entière pour maladie du 20 au 25 août 2002. L'assuré s'est alors adressé à un spécialiste en orthopédie qui lui a prescrit une genouillère dont le port n'a apporté aucun changement.
4. Le 8 juin 2004, l'assuré a consulté les médecins de la Clinique d'orthopédie des hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) qui ont constaté un épanchement intra-articulaire, une flexion du genou douloureuse bloquée à 120°, des douleurs à la palpation de l'interligne fémoro-tibial interne et des douleurs à la mise en compression du compartiment interne.
5. Une IRM réalisée le 14 juin 2004 a démontré la présence d'une chondropathie en zone portante du condyle fémoral interne associée à un œdème médullaire en territoire spongieux adjacent.
6. Sur demande de l'employeur, l'assuré a été examiné, le 27 août 2004, par le Dr S, chirurgien-orthopédiste. Dans son rapport du 31 août 2004, ce médecin a fait état de lésions du genou gauche de type ostéochondrite nécessitant une opération dont la nature exacte n'était pas encore définie et qui allait entraîner une incapacité de travail pendant au moins six mois.
7. Dès le 6 septembre 2004, Y a versé à l'assuré une indemnité journalière sur la base d'une incapacité de travail entière.

8. Le 17 janvier 2005, l'employeur a résilié les rapports de travail au 31 mars 2005 en raison de la durée de l'incapacité de travail.
9. L'assuré a séjourné du 19 au 31 janvier 2005 au service de chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil moteur des HUG. Dans un rapport du 1<sup>er</sup> mars 2005, le Dr T, médecin adjoint, a expliqué que, dans un premier temps, la symptomatologie s'était améliorée et que, par la suite, l'exacerbation des douleurs avait repris. Il a précisé que le patient avait subi, le 19 janvier 2005, une arthro-tomie para-patellaire interne du genou gauche avec transplantation ostéocondrale en mosaïque du condyle interne par deux greffons.
10. Sur demande de Y, l'assuré a été examiné par le Dr B, spécialiste en médecine interne et cardiologue. Dans un rapport du 11 juillet 2005, ce médecin a indiqué que le patient se plaignait encore de douleurs du genou gauche, avec rougeur ainsi que d'un phénomène de réchauffement après une station assise prolongée mais qu'il était capable de prendre les escaliers pour monter à son appartement, qu'il conduisait et marchait à plat sans problème. Il a expliqué à l'assuré qu'il était capable de travailler dans une activité adaptée, c'est-à-dire sans port de lourdes charges ou montées d'échelle, voire de trop fréquentes montées d'escalier. Il a ajouté qu'une inscription au chômage s'imposait dès le 1<sup>er</sup> juillet 2005 et que le patient ne s'était pas opposé à sa reprise d'activité. Il a exposé qu'en raison de l'âge de l'assuré, une lésion cartilagineuse du genou d'origine dégénérative était hautement improbable et que l'interruption de travail survenue en 2004, qui s'était prolongée jusqu'à sa consultation, lui semblait donc clairement d'origine accidentelle ainsi que secondaire à l'événement du printemps 2002.
11. Par courrier du 30 juin 2005, Y a informé l'assuré qu'à la suite de la visite chez son médecin-conseil, il prenait en charge l'incapacité de travail jusqu'au 3 juillet 2005 inclus et que, dès cette date, plus aucune prestation ne lui serait versée pour cette affection. Elle a précisé que s'il désirait annuler son assurance perte de gain, il devait le lui faire savoir par écrit.
12. Le 4 juillet 2005, l'assuré a contesté cette décision par l'intermédiaire de son épouse.
13. Un échange de correspondances s'en est suivi.
14. Dans un rapport reçu le 9 août 2005 par Y, le Dr G a exposé que, depuis l'opération du 19 janvier 2005, l'état de santé avait évolué de manière lentement favorable avec persistance de douleurs au niveau du compartiment interne augmentées par le stress en varus. Il a précisé qu'une IRM de contrôle effectuée le 29 juin 2005 avait mis en évidence un discret oedème réactionnel autour du site de greffe. Il a estimé que ce type d'évolution n'était pas inhabituel après une plastie mosaïque et que la présence d'un oedème réactionnel expliquait les douleurs présentées par le patient de sorte qu'une reprise totale de travail dès le 4 juillet 2005 était

prématurée et qu'il fallait donner toutes les chances à la plastie mosaïque d'évoluer positivement jusqu'à la guérison totale. Il a considéré que la lésion traitée était compatible avec une origine traumatique tout en précisant que l'« accident » de moto de 2002 ne constituait que des données anamnestiques puisque le patient n'avait consulté son service qu'en juin 2004.

15. Le 25 août 2005, par déclaration d'accident-bagatelle, l'ancien employeur a annoncé à la SUVA que, le 1<sup>er</sup> avril 2002, l'assuré s'était cogné le genou gauche contre un mur en rangeant un vélomoteur dans un box. Il a précisé que la déclaration avait été faite tardivement en raison du refus de prise en charge par Y.
16. Par courrier du 7 septembre 2005, Y a indiqué à l'assuré : "En l'état actuel du dossier et conformément à la jurisprudence en vigueur (en regard de l'obligation de diminuer le dommage), nous vous accordons un délai supplémentaire pendant lequel l'indemnité journalière versée jusqu'à présent reste due, soit jusqu'au 31 octobre 2005, pour autant que la reprise du travail ne soit pas possible avant cette date, date à laquelle votre droit aux prestations prendra définitivement fin."
17. Par décision du 21 octobre 2005, la SUVA a refusé d'allouer des prestations considérant qu'il n'existait pas de lien de causalité avéré ou probable entre l'accident du 1<sup>er</sup> avril 2002 et les lésions au genou gauche, selon avis de son médecin-conseil le Dr L.
18. Le 15 novembre 2005, Y a formé opposition contre ladite décision.
19. Dans un certificat médical du 18 novembre 2005, la Dresse Z, médecin à la policlinique des services de chirurgie des HUG a attesté une incapacité de travail entière du 19 janvier au 20 novembre 2005 et de 50% dès le 21 novembre 2005.
20. Le 19 novembre 2005, l'assuré a contesté la décision de Y de suspendre le versement de ces indemnités estimant que tant qu'il n'était pas établi que son incapacité de travail était une séquelle accidentelle, elle devait être prise en charge par l'assurance perte de gain maladie. En outre, il a informé l'assurance qu'il avait obtenu une reprise de travail à 50%.
21. Le 21 novembre 2005, l'assuré s'est inscrit auprès de l'assurance-chômage qui lui a versé des prestations en fonction de la capacité de travail attestée par le Dr S
22. Le 23 novembre 2005, l'assuré a formé opposition contre la décision de la SUVA.
23. Par courrier du 24 novembre 2005, le Dr T a répondu que l'évolution clinique post-opératoire était objectivement très satisfaisante et que le gain de capacité fonctionnelle que le patient avait décrite justifiait pleinement une reprise du travail à temps partiel.

24. Par décision sur opposition du 19 décembre 2005, la SUVA a rejeté les oppositions. Elle a relevé que les divers médecins ayant estimé que l'opération de 2005 était séquellaire à l'accident de 2002 s'étaient basés sur une anamnèse erronée en retenant un accident de moto ou de la voie publique. Par ailleurs, elle a souligné que les chocs au genou gauche survenus à plusieurs reprises sur le lieu de travail étaient mentionnés pour la première fois et qu'il s'agissait de simples injures du métier qui ne remplissaient pas les conditions de l'accident. Cette décision est entrée en force.
25. Par courrier du 4 janvier 2006 adressé à Y, l'assuré a déclaré qu'au vu de la réponse négative de la SUVA, l'incapacité de travail était séquellaire à une maladie et que l'assurance perte de gain était tenue de lui verser des indemnités. Il a joint à son courrier un certificat d'incapacité de travail du 4 janvier 2006 décerné par le Dr S faisant état d'une incapacité de travail de 100% du 22 juin 2004 au 20 novembre 2005 et de 50% du 21 novembre 2005 au 5 janvier 2006.
26. Le 17 février 2006, Y a répondu à l'assuré que sa capacité de travail devait être considérée comme entière dès le 3 juillet 2005 et qu'il lui avait accordé des indemnités jusqu'au 31 octobre 2005 afin de lui laisser le temps de trouver un emploi adapté à sa situation.
27. Par certificat médical du 21 février 2006, le Dr S a attesté que l'assuré était apte à reprendre le travail à 100% dès le 1er mars 2006 dans un poste adapté, à savoir sédentaire, avec alternance des positions assises et debout, sans port de charges excédant cinq kilos.
28. Par acte du 24 mai 2006, l'assuré a déposé une demande en paiement devant le Tribunal de céans. Il a conclu, sous suite de dépens, d'une part, à l'octroi d'indemnités "perte de gain" à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2005 sous réserve de plus amples conclusions, d'autre part, à l'octroi d'une indemnité pour tort moral de 5'000 fr. sous réserve de plus amples conclusions. À l'appui de ses conclusions, il a soutenu que, selon la LAMai, il avait droit au versement de prestations pendant 720 jours au moins dans une période de 900 jours consécutifs et que le rapport du Dr R, qui mentionnait des douleurs constantes et une poursuite de traitement, établissait son incapacité de travail. Il a relevé que, dans le cadre de l'assurance-chômage, il était intégré dans un groupe de réinsertion professionnelle et qu'il n'était pas vraiment plaçable. Il a estimé que le cumul entre l'accident de 2002, les chocs au genou gauche intervenus à plusieurs reprises sur son lieu de travail ainsi que les positions au travail étaient à l'origine de ses problèmes de santé. Il a allégué qu'il subissait une atteinte à la santé physique qui n'était pas due à un accident et qu'une capacité de travail lui avait été reconnue afin de lui permettre de réintégrer le marché du travail mais qu'il n'était pas en mesure de travailler vu ses douleurs. Enfin, il a sollicité une indemnité pour tort moral de 5'000 fr. au vu du grand nombre de désagréments qu'il avait subis et difficilement supportés en raison de l'absence de rentrée d'argent.

29. Dans sa réponse du 23 juin 2006, la défenderesse a conclu au rejet de la demande. Elle a relevé que le contrat régissant les relations entre les parties était un contrat de droit privé et que, selon la jurisprudence, un délai de trois à cinq mois était imparti à l'assuré pour lui permettre de changer d'occupation. Elle a soutenu que, lors de son licenciement notifié le 17 janvier 2005 pour cause de longue maladie, l'assuré savait que son état ne lui permettait plus d'assumer l'activité précédente et était au courant, en tout cas dès le 1<sup>er</sup> juillet 2005, qu'il devait se trouver un emploi adapté. De plus, elle a souligné que, selon ses conditions spéciales, un changement de praticien en cours d'incapacité de travail ne pouvait pas se faire sans son consentement de sorte que les certificats du Dr S ne pouvaient pas être retenus. Elle a considéré que l'assuré ne pouvait pas, d'une part, être considéré comme placable au sens de l'assurance-chômage et, d'autre part, estimer être en incapacité de gain. Enfin, elle a conclu qu'en raison de l'absence de paiement des primes dès le mois de septembre 2005, malgré sommations et rappels, elle était en droit de lui refuser les prestations pendant la période de suspension.
30. Le 6 juillet 2006, le Tribunal a demandé au Dr S s'il confirmait qu'une capacité de travail entière pouvait être reconnue au demandeur dès le 3 juillet 2005, respectivement dès le 1<sup>er</sup> novembre 2005, dans le cadre d'une activité adaptée, comme l'estimait le médecin-conseil de la défenderesse, et, dans la négative, de lui en expliquer les raisons.
31. Dans sa réponse du 11 août 2006, le Dr S a indiqué que le demandeur avait une capacité entière de travail dans un travail adapté dès le 28 février 2006 seulement.
32. Dans sa réplique du 18 juillet 2006, le demandeur a relevé qu'il n'avait pas eu un accident en 2002 mais bien un incident et que sa marche n'était pas parfaitement normale puisqu'il devait acheter des chaussures compensées. Il a noté que le Dr B ne lui avait jamais remis un certificat de reprise du travail à 100% et qu'il lui avait simplement déclaré qu'il pouvait reprendre son activité d'autrefois. Il a contesté qu'au moment de son licenciement, il ait su que son état de santé ne lui permettait plus d'assumer une activité.
33. Le 22 août 2006, le Tribunal a ordonné une comparution personnelle des parties aux fins de tentative de conciliation qui a eu lieu le 31 octobre 2006. Lors de cette audience, le demandeur a déclaré : "Sur questions, j'indique que j'ai fait un diplôme en Tunisie en 1992, je suis agent technicien en informatique bureautique de gestion. J'ai travaillé en Tunisie au Service de recouvrement puis en qualité de manutentionnaire, et je suis arrivé en Suisse en 2000. (...). L'assureur me demande pour quel motif je ne me suis pas inscrit plus tôt au chômage, j'indique que je n'ai pas pu obtenir de certificat de reprise de travail de mes médecins. C'est finalement le Dr S qui m'a fait un certificat de reprise tout d'abord partiel puis complet depuis le 21 février 2006. Le chômage m'a octroyé une formation, et depuis cinq

---

mois, je suis en stage à l'IPT pour retrouver un emploi." En outre, il a versé à la procédure un rapport relatif à une IRM de genou gauche effectuée le 10 juillet 2006 montrant l'apparition d'un affaissement cortical du condyle fémoral interne et d'un éperon osseux visible dans l'épaisseur du cartilage. Quant à la défenderesse, elle a estimé que la mention sur le certificat du Dr S "remis à la demande du patient" signifiait que l'incapacité de travail avait été prolongée à la demande de l'assuré de sorte que la reprise de travail aurait déjà pu avoir lieu plus tôt.

Sur quoi, le Tribunal a ordonné l'ouverture des enquêtes avec l'audition du Dr S.

34. Le 12 décembre 2006, la défenderesse a demandé l'apport à la procédure du dossier de l'assurance-invalidité estimant que le moment déterminé médicalement par cet assureur comme permettant à l'assuré de travailler dans une activité adaptée constituait une valeur indicative pour trancher le présent litige.
35. Le 19 décembre 2006, le Tribunal a procédé à l'audition du Dr S qui a déclaré : «(...)». Je suis le recourant depuis le 27 août 2004 et je l'ai vu il y encore quelques mois. J'ai établi les deux certificats figurant à votre dossier des 4 janvier 2006 et 21 février 2006 sur la base de mes constatations cliniques et des déclarations de mon patient. Je précise qu'à plusieurs reprises, un projet de reprise de travail avait dû être reporté toujours pour les mêmes raisons, soit des douleurs internes du genou gauche. Je confirme par conséquent la totale capacité de travail dès le 1<sup>er</sup> mars 2006 aux conditions mentionnées dans mon certificat du 21 février 2006. Vous me donnez lecture d'une partie du rapport du Dr. B du 11 juillet 2005, qui fait état en résumé d'une pleine capacité de travail dans une activité adaptée. C'est son avis, mais je ne le partage pas. Je relève en particulier qu'il n'est pas chirurgien orthopédique. Pour répondre à votre question sur ce qui limitait la capacité de travail du recourant, j'explique que ce sont les douleurs. Quelle que soit la position, au bout d'un moment, le genou devient douloureux. En outre, une IRM a objectivé la dégradation de l'état du genou, le 10 juillet 2006, et une nouvelle opération est envisagée par les HUG. La première opération n'a pas été un échec. J'explique que le traitement du cartilage est très délicat et que nous disposons de peu de moyens pour cela. La première opération en était un, suite à un affaissement du condyle interne, une deuxième opération sera tentée, étant précisé que la pose d'une prothèse n'est envisagée qu'ultérieurement en raison de l'âge du recourant. Sur question j'indique qu'à mon avis compte tenu de la nature particulière de l'événement survenu au recourant tant l'origine malade que l'origine traumatique à la lésion actuelle sont possibles, je n'ai cependant pas tous les éléments pour me déterminer de façon précise. Je confirme que la lésion objectivée est très douloureuse et rend l'exercice d'une activité très difficile, les médicaments sont peu efficaces contre la douleur. On peut discuter à un ou deux mois près pour la reprise de travail, mais en tout cas l'état de santé ne justifiait vraisemblablement pas une reprise de travail en juillet 2005, même dans une activité de bureau. Le fait que j'ai suivi le patient sur

deux ans pourrait expliquer la différence de points de vue avec le Dr B qui l'a vu à une reprise. J'ai eu un entretien téléphonique avec le Dr B qui considérait clairement mon patient comme abusant de l'assurance. Sur question de l'assurance, j'indique que j'ai établi mes certificats d'incapacité de travail tant pour le métier de magasinier que pour toute autre activité. Quant au NB-nota bene figurant sur mon certificat du 4 janvier 2006 "certificat remis au patient sur sa demande", j'explique que l'incapacité de travail est décidée par le médecin. Le certificat d'incapacité est remis au patient, à sa demande, s'il doit justifier de cette incapacité auprès de son employeur. C'est ce qui s'est passé dans le cas de Monsieur X. Il ne s'agit pas d'un certificat de faveur. Je maintiens avoir pris ma responsabilité de médecin. Je tiens compte pour fixer l'arrêt de travail tant d'éléments objectifs que d'éléments subjectifs soit mon examen clinique, les éventuels examens médicaux (IRM) et la douleur du patient. Sur question, je confirme que je suis le médecin traitant orthopédiste du recourant. Je ne dirais pas que le Dr. B a donné une appréciation uniquement subjective, il l'a fait également sur la base d'éléments objectifs. Sur question, j'explique avoir eu connaissance de l'état de détresse du recourant et de sa famille, car non seulement cela se constatait mais il m'en a également parlé. D'une manière ou d'une autre, une assurance doit intervenir notamment dans le cas d'espèce ».

36. Lors de la comparution personnelle des parties qui a suivi, les parties ont procédé à un échange de vues et le demandeur a précisé, d'une part, qu'il habitait au troisième étage et non pas au cinquième, d'autre part, que le changement des médecins aux HUG n'était pas de son fait.

Sur quoi, le Tribunal a décidé de transmettre le procès-verbal d'enquêtes au Dr B pour avoir sa détermination et d'ordonner la production du dossier AI du recourant.

37. Le 20 décembre 2006, le Tribunal a communiqué au Dr B le procès-verbal de l'audition du Dr S et lui a demandé si ces déclarations étaient de nature à modifier ses conclusions du 11 juillet 2005.
38. Le 18 janvier 2007, le Tribunal a informé les parties qu'il avait reçu le dossier de l'assurance-invalidité et qu'elles avaient la possibilité de le consulter à son greffe. Il ressort de ce dossier que, dans un rapport du 21 février 2006, le Dr S a reconnu une incapacité de travail entière du 22 juin 2004 au 20 novembre 2005 et de 50% dès le 21 novembre 2005. En outre, il a considéré que le patient avait une capacité de travail raisonnablement exigible dès le 1<sup>er</sup> mars 2006 dans une autre profession comme par exemple chauffeur. Dans un rapport du 2 mai 2006, le Dr C, médecin à la polyclinique des services de chirurgie des HUG, a exposé que, selon le dossier de la polyclinique, lors du contrôle médical du 18 novembre 2005, la Dresse Z avait relevé que le patient était capable de faire des promenades d'environ deux heures sur terrain accidenté, qu'il ne prenait pas de

Tramai, qu'il n'appliquait pas de glace sur son genou car il jouait avec son fils au parc et voyait des amis à l'extérieur de la maison, que la marche se faisait sans boiterie, que le patient était capable de porter son fils de vingt kilos dans les escaliers et qu'il se plaignait de douleurs permanentes. Par projet de décision du 11 octobre 2006, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : OCAI) a admis une incapacité de travail totale du 22 juin 2004 au 22 juin 2005 et une capacité de travail entière dans une activité adaptée dès le mois de juillet 2005. En conséquence, il a prévu d'allouer à l'assuré une rente entière d'invalidité du 1<sup>er</sup> juin au 30 septembre 2005.

39. Dans sa réponse du 28 février 2007, le Dr B a expliqué qu'après son évaluation de la capacité de travail du demandeur, ce dernier avait été suivi par la consultation ambulatoire d'orthopédie des HUG, plus particulièrement par le Dr G avec qui il avait eu plusieurs contacts téléphoniques et qui lui avait paru emprunté devant la discrédence existant entre l'amélioration des paramètres objectifs et le refus du patient d'envisager une reprise de travail même partielle. Il lui a semblé que la notion de capacité de travail dans une activité adaptée n'avait pas été réellement prise en compte par les HUG. Il a expliqué que le Dr S avait examiné le patient pour la première fois, le 27 août 2004, pour une expertise pratiquée à la demande de l'employeur et que, par la suite, il n'avait pas revu le patient avant novembre 2005 de sorte qu'il ne pouvait pas être considéré comme le médecin traitant. Il a persisté dans son appréciation antérieure, à savoir que le patient était parfaitement capable de reprendre le travail à 100% dans une activité adaptée dès le 1<sup>er</sup> juillet 2005.
40. Dans sa détermination du 13 avril 2007, le demandeur a persisté dans ses conclusions précédentes. Il a considéré que la pleine capacité de travail dans une activité adaptée attestée par le Dr B était inadéquate et prématurée dès lors qu'elle nécessitait une formation adaptée impliquant un délai d'une année avant de pouvoir mettre l'assurance-invalidité en marche. Il a rappelé que la qualification du sinistre par le Dr B était erronée dès lors qu'il ne s'agissait pas d'un accident mais d'un incident. Il a contesté avoir approuvé l'appréciation du Dr B lors de l'examen de ce dernier en expliquant qu'il ne comprenait pas les subtilités de la langue française, ni les termes médicaux, raisons pour lesquelles son épouse avait écrit audit médecin, le 4 juillet 2005, pour contester son rapport. Il a relevé que les divers médecins des HUG avaient refusé à chaque fois de lui accorder une reprise du travail dans le métier de magasinier, hormis la Dresse Z qui avait fait des réserves. Il a contesté que, lors de contacts téléphoniques avec le Dr B, le Dr G ait été emprunté. Il a expliqué que ce dernier avait simplement exprimé sa colère relative au harcèlement dont il avait fait l'objet de la part du Dr B. Il a allégué que les médecins des HUG avaient pris en considération de manière tardive la possibilité de reprendre le travail dans une activité adaptée dès lors que leur but premier avait été de lui permettre de reprendre son travail de magasinier.

41. Dans sa détermination du 20 avril 2007, la défenderesse a maintenu ses conclusions précédentes. Elle a rappelé que seul le Dr B s'était prononcé sur la capacité de travail de l'assuré dans une activité adaptée et que, selon la théorie des premières déclarations, le demandeur s'était estimé apte à travailler dès fin juin 2005 lors de la consultation auprès du Dr B. Elle a souligné que, l'assurance-invalidité avait fixé le début de l'aptitude à la réadaptation professionnelle en juillet 2005 et avait également reconnu une capacité de travail à 100% dès juillet 2005. Elle a estimé que l'avis du Dr S devait être écarté puisque, durant la période litigieuse, il n'avait pas suivi le patient et qu'elle n'avait pas autorisé le demandeur à changer de médecin. Elle a estimé qu'au vu des compétences du demandeur, il lui était d'autant plus exigible de trouver un emploi adapté sans port de charges dès lors qu'il disposait d'un diplôme en informatique et avait travaillé, notamment, dans une société de recouvrement.
42. Le 23 avril 2007, le Tribunal a communiqué à chacune des parties les déterminations de sa partie adverse et a gardé la cause à juger.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMai), et à l'assurance-accident obligatoire prévue par la loi fédérale sur l'assurance-accident du 20 mars 1981 (LAA).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. L'assurance en cause est une assurance complémentaire contre la perte de gain en cas de maladie soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (ci-après LCA). L'art. 46a LCA prescrit que le for se définit selon la loi du 24 mars 2000 sur les fors (LFors) dont l'art. 3 let. b prévoit que le for est, pour les actions dirigées contre une personne morale, celui de son siège. En l'espèce, la défenderesse a son siège à Genève de sorte que le Tribunal de céans est compétent pour connaître de la présente demande.

La loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 (LSA - RS 961.01) ne contient pas de règles spécifiques concernant les délais que doivent observer les assurés qui entendent contester une décision prise en matière d'assurance pour perte de gain, la notion de décision n'ayant du surcroît pas le même sens que dans le domaine de l'assurance sociale. En revanche, selon l'art. 46 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase LCA, l'assuré doit saisir directement l'autorité judiciaire

---

par la voie d'une action qui doit être intentée dans les deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation qui dérive du contrat d'assurance.

Interjetée devant la juridiction compétente le 24 mai 2006 pour des prestations litigieuses dès le 1<sup>er</sup> novembre 2005, la demande est recevable.

3. Est seule litigieuse l'incapacité de travail dès le 1<sup>er</sup> novembre 2005 étant donné que la question de savoir si elle est imputable à un accident ou à une maladie a été tranchée par décision sur opposition du 19 décembre 2005 entrée en force, par laquelle la SUVA a refusé de prendre en charge le cas de l'assuré en tant qu'il n'était pas séquellaire à un accident. En conséquence, le présent litige porte sur le droit de la défenderesse à supprimer le versement des indemnités journalières dès cette date. Subsidiairement se posera la question du tort moral.
4. Pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMai, les cantons prévoient une procédure simple et rapide dans laquelle le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves (art. 85 al. 2 LSA). Celui-ci est une autorité de première instance (VIRET, *Le contentieux en matière d'assurance-maladie selon le nouveau droit*, R.U. 1996, p. 199) qui doit instruire l'action de l'assuré, en respectant les règles minimales de procédure prévues à l'art. 85 al. 2 LSA. Pour le surplus, il doit se conformer au droit cantonal applicable. Aux termes de l'art. 19 LPA sur renvoi de l'art. 89A LPA, le Tribunal cantonal des assurances sociales établit les faits d'office.

L'obligation pour le juge d'établir d'office les faits ne dispense pas les parties d'une collaboration active à la procédure. Il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 107 II 233 consid. 2c). Le juge doit procéder à des investigations supplémentaires ou en ordonner lorsqu'il y a suffisamment de raison pour le faire, eu égard aux griefs invoqués par les parties ou aux indices résultant du dossier. Il ne peut ignorer des griefs pertinents invoqués par les parties pour la simple raison qu'ils n'auraient pas été prouvés (VSI 5/1994, 220 consid. 4a).

Pour qu'une expertise se voie conférer une valeur probante, il faut que le rapport soit complet, qu'il comporte une anamnèse, une description claire des interférences médicales et des conclusions bien motivées (cf. ATF non publié du 22 janvier 2002, 5P.421/2001, consid. 4c). Tel n'est pas le cas si l'expert n'a pas répondu aux questions posées, si ses conclusions sont contradictoires ou si, de quelque autre façon, l'expertise est entachée de défauts à ce point évidents et reconnaissables, même sans connaissances spécifiques, que le juge ne pouvait tout simplement pas les ignorer (cf. ATF non publié du 20 avril 2001, 5P.457/2000, consid. 4a et la référence).

Les mesures d'instruction ordonnées par l'assureur, à savoir notamment l'examen par un médecin, ne sont pas des expertises au sens strict du terme, à moins que l'assureur n'interpelle l'intéressé sur le libellé des questions ainsi que le choix de l'ex-

pert et lui donne l'occasion de se déterminer avant l'exécution de l'acte d'instruction projeté. L'on ne saurait toutefois leur dénier toute valeur probante de ce seul fait. Il faut en effet examiner si le médecin commis par l'assureur s'est penché sur les questions médicales litigieuses et a donné à celui-ci des indications utiles pour décider d'une éventuelle prise en charge (ATA/143/1999).

Enfin, en ce qui concerne les rapports établis par les médecins traitants, le juge peut et doit tenir compte du fait que, selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier (ATF 125 V 351 consid. 3b/bb et cc).

Si l'autorité cantonale se trouve confrontée à plusieurs rapports médicaux et qu'elle fait siennes les conclusions de l'un d'eux, elle est tenue de motiver son choix (ATF non publié du 20 avril 2001, 5P.457/ 2000, consid. 4a et la référence).

5. Le demandeur conteste la suppression du versement de l'indemnité journalière dès le 1<sup>er</sup> novembre 2005, alors que la défenderesse, sur la base de l'expertise du Dr B, considère que l'assuré possède une capacité de travail entière dans une activité adaptée dès le 1<sup>er</sup> juillet 2005 et qu'en vertu de son obligation de diminuer le dommage, il lui incombait de changer d'occupation dans un délai de trois à cinq mois dès cette date. Elle lui reproche également d'avoir changé de médecin traitant sans lui en avoir demandé l'autorisation. Enfin, elle estime qu'en raison de l'absence de paiement des primes dès le mois de septembre 2005, elle est en droit de refuser ses prestations durant le période de suspension.

S'agissant d'un contrat soumis à la LCA, il convient en premier lieu de déterminer si, sur la base des conditions convenues, on est en présence d'une incapacité de gain (cf. STOESSEL, Commentaire bâlois, n. 6 ss ad art. 3 LCA).

D'après l'art. 1 des conditions spéciales (édition 1997; ci-après : CSA) régissant l'assurance complémentaire individuelle d'indemnité journalière-maladie de Y, l'assurance couvre l'incapacité totale ou partielle d'exercer une activité lucrative (ch. 1). L'incapacité partielle de travail est couverte proportionnellement au degré d'incapacité et une incapacité inférieure à 50% ne donne pas droit à des prestations (ch. 2). L'art. 4 prévoit que l'assurance verse l'indemnité journalière convenue, proportionnellement au degré d'incapacité de travail de l'assuré, dès l'expiration du délai d'attente fixé dans la police (ch. 1) et aussi longtemps que dure l'incapacité de travail dûment attestée par le médecin traitant (ch. 2) dans le cadre de la durée des prestations fixée dans la police d'assurance (ch. 3). Pour faire valoir son droit aux prestations, l'assuré doit remettre à Y un certificat médical d'incapacité de travail (art. 5 ch. 1). Dans la rubrique relative à la suspension du droit aux prestations, l'art. 5 ch. 3 prescrit qu'un changement de praticien au cours de la période d'incapacité de travail ne peut se faire qu'avec le consentement de Y.

En l'espèce, il ressort des CSA que l'assuré est couvert par une assurance d'indemnité fixe contre l'incapacité d'exercer une activité lucrative (art. 1 ch. 1) par suite de maladie, soit contre l'incapacité de gain découlant d'une maladie.

Dans ses certificats des 4 janvier et 21 février 2006, le Dr S atteste une incapacité de travail à 100% du 22 juin 2004 au 20 novembre 2005, puis à 50% jusqu'au 28 février 2006 dans une activité adaptée. Lors de son audition par le Tribunal de céans, il explique qu'il suit le recourant depuis le 27 août 2004. Il justifie la limitation de la capacité de travail du demandeur par la persistance de douleurs en précisant que le genou devient douloureux au bout d'un moment quelle que soit la position. En outre, il fait état d'une dégradation de l'état du genou objectivée par l'IRM effectuée le 10 juillet 2006 et de l'imminence d'une nouvelle opération en raison de l'affaissement du condyle interne. Il estime que la lésion objectivée est très douloureuse, rend très difficile l'exercice d'une activité et que les médicaments sont peu efficaces contre la douleur. Il précise qu'on peut discuter à un ou deux mois près de la reprise du travail.

Les déclarations que le Dr S a faites au Tribunal sont partiellement fausses car, contrairement à ce qu'il prétend, il ne suit pas le demandeur depuis le 27 août 2004. En effet, ce jour-là, il a examiné le patient à la demande de l'employeur et ne l'a plus revu avant le 9 novembre 2005 puisque, le 19 janvier 2005, le demandeur a subi aux HUG une plastie de cartilage dont le suivi a été assuré par les médecins des HUG. En conséquence, au vu de ce qui précède, il n'est pas possible de tenir compte de son appréciation de l'incapacité de travail du demandeur, ni de ses explications à ce sujet. Au demeurant, l'IRM à laquelle il se réfère date de juillet 2006 de sorte qu'elle est largement postérieure au certificat du 21 février 2006 et, partant, n'a donc eu aucune incidence sur son appréciation qui repose par conséquent, principalement sur les douleurs invoquées par le demandeur. Or, dans le cadre de l'examen du droit aux prestations, l'allégation des douleurs doit être confirmée par des observations médicales concluantes, à défaut de quoi une appréciation de ce droit aux prestations ne peut être assurée de manière conforme à l'égalité de traitement des assurés (ATF 130 V 353 consid. 2.2.2 ; ATFA du 30 novembre 2004, I 600/03, consid. 3.2). Etant donné que le Dr S atteste une incapacité de travail en se fondant essentiellement sur les douleurs invoquées par le demandeur sans qu'elles soient corroborées par des éléments objectifs pertinents, ses considérations sont empreintes de son point de vue de médecin traitant (cf. ci-dessus consid. 4).

Quant aux médecins des HUG, dans son rapport reçu par la défenderesse le 9 août 2005, le Dr G expose que le patient a évolué de manière lentement favorable depuis l'opération et qu'il persiste des douleurs au niveau du compartiment interne du genou gauche explicables par le discret œdème réactionnel autour du site de greffe. Il précise qu'une telle évolution après une plastie mosaïque n'est pas inhabituelle et qu'il convient de donner toutes les chances à cette dernière d'évoluer positivement jusqu'à la guérison totale raison pour laquelle une reprise totale de

travail dès le 4 juillet 2005 est prématurée. Puis, dans un certificat médical du 18 novembre 2005, la Dresse Z atteste une incapacité de travail entière du 19 janvier au 20 novembre 2005, puis de 50% dès le 21 novembre 2005. Lors de son examen du même jour, elle note que l'assuré se plaint de douleurs permanentes, mais qu'il marche sans boiterie, est capable de faire des promenades d'environ deux heures sur terrain accidenté et de porter son fils (20 kilos) dans les escaliers, ne prend pas d'antidouleurs, n'applique pas de glace sur son genou car il joue au parc avec son fils et voit des amis à l'extérieur de la maison. A ce sujet, le 24 novembre 2005, le Dr T précise que le gain de capacité fonctionnelle décrit par le patient justifie pleinement une reprise du travail à temps partiel.

Ces divers rapports font état d'une évolution favorable de l'état de santé, malgré la présence, en août 2005, d'un oedème réactionnel autour du site de greffe corrélé aux plaintes du patient qui justifiait de reconnaître encore une incapacité de travail afin de donner toutes les chances à la greffe cartilagineuse d'évoluer positivement. Puis, dès le 21 novembre 2005, les médecins de la policlinique des services de chirurgie des HUG ont estimé que plus rien n'empêchait le demandeur de reprendre le travail ce qu'il a d'ailleurs fait en s'inscrivant au chômage le même jour. A ce sujet, les médecins des HUG n'expliquent pas pourquoi ils ont continué de reconnaître une incapacité de travail de 50% malgré la capacité fonctionnelle importante du demandeur de sorte qu'il faut admettre que leur appréciation de la capacité de travail se base sur l'activité exercée jusqu'ici et non pas sur une activité adaptée. En conséquence, les divers rapports des médecins des HUG apportent au Tribunal un éclairage permettant d'établir que le demandeur ne souffrait plus d'aucune incapacité de travail dès le 21 novembre 2005 en tout cas.

Dans un rapport du 11 juillet 2005, le Dr B indique que le patient se plaint encore de douleurs du genou gauche, avec rougeur ainsi que d'un phénomène de réchauffement après une station assise prolongée mais qu'il est capable de prendre les escaliers pour monter à son appartement, conduire et marcher à plat sans problème. Sur la base de l'IRM du 29 juin 2005 montrant une bonne cicatrisation de la greffe du 19 janvier et de son examen, lors duquel il n'a trouvé aucune anomalie d'apparence ou de mobilisation passive, il estime que l'assuré est capable de travailler dans une activité adaptée, c'est-à-dire sans port de lourdes charges ou montées d'échelle, voire de trop fréquentes montées d'escalier.

En définitive, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'incapacité de travail est entière dès le 29 juin 2005 ou plutôt dès le 21 novembre 2005, car, au vu des considérations qui suivent, cela n'a aucune incidence sur l'obligation de prêter de la défense.

6. Aux termes de l'art. 61 LCA, lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage. Selon l'art. 61 al. 2 LCA, si l'ayant droit contrevient à son obligation posée à l'al. 1 de faire tout ce qui est possible pour

réduire le dommage, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie. L'ayant droit remplit son obligation de faire ce qui peut raisonnablement être exigé de lui pour réduire son dommage s'il prend à cette fin les mesures que prendrait un homme raisonnable dans la même situation s'il ne pouvait attendre aucune indemnisation de tiers (HÖNGER/SUSSKIND, op. cit., n. 15 ad art. 61 LCA; MAURER, op. cit., p. 344 et les références citées).

Bien que classée parmi les règles relatives aux assurances contre les dommages, cette disposition légale est aussi applicable aux assurances de personnes prévoyant des prestations de sommes (ATF 128 III 34 consid. 3bc p. 36 ss).

Dans un arrêt non publié du 23 octobre 1998 concernant une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (arrêt 5C.176/1998, consid. 2c), le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 61 LCA est l'expression du même principe général dont le Tribunal fédéral des assurances (ci-après : TFA) déduit, en matière d'assurance d'indemnités journalières soumise au droit des assurances sociales, l'obligation de l'assuré de diminuer le dommage par un changement de profession lorsqu'un tel changement peut raisonnablement être exigé de lui, pour autant que l'assureur l'ait averti à ce propos et lui ait donné un délai adéquat (cf. ATF 111 V 235 consid. 2a; 114 V 281 consid. 3a).

Selon la jurisprudence du TFA, lorsque l'assuré doit envisager un changement de profession en regard de l'obligation de diminuer le dommage, un délai de trois à cinq mois imparti dès l'avertissement de la caisse doit en règle générale être considéré comme adéquat (arrêt non publié K 14/99 du 7 février 2000, reproduit in RKUV 2000 KV 112 122, consid. 3a). Il importe peu que l'assuré soit encore lié ou non par un contrat de travail car ce délai transitoire a uniquement pour but de permettre le changement d'activité et la recherche d'un nouveau travail adapté. En effet, cette nécessité d'adaptation se réalise indépendamment du fait que l'intéressé soit lié ou non à un rapport de travail (RAMA 5/2006 KV 380 p. 341 consid. 4.4).

7. C'est en vain que le demandeur critique sur ce point la position de la défenderesse, qui est conforme à la jurisprudence rappelée ci-dessus. L'art. 61 LCA est certes de droit dispositif (cf. art. 97 et 98 LCA; HÖNGER/SUSSKIND, Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n. 29 ad art. 61 LCA; MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3e éd., 1995, p. 345), mais il ne résulte pas du dossier que les parties auraient adopté sur ce point une réglementation plus favorable à l'assuré.

En l'espèce, le demandeur dispose d'une capacité de travail entière dans une activité adaptée dès le 21 novembre 2005, voire depuis juillet 2005. Il reste à examiner si la défenderesse l'a dûment averti qu'il devait envisager un changement de profession

au regard de l'obligation de diminuer le dommage et si elle lui a imparti un délai adéquat pour trouver un emploi.

La défenderesse soutient que sa lettre du 30 juin 2005 constitue un tel avertissement. Or, ladite lettre se borne à informer le demandeur que plus aucune prestation ne lui sera accordée jusqu'au 3 juillet 2005 sans préciser qu'elle considèrerait qu'il devait envisager un changement de profession et sans lui donner un quelconque délai pour ce faire. En revanche, la lettre du 7 septembre 2005, a accordé au demandeur un délai supplémentaire jusqu'au 31 octobre 2005 pendant lequel la défenderesse s'est engagée à verser l'indemnité journalière. Ce délai ayant été accordé a posteriori, il ne peut pas valoir comme avertissement puisque, par essence, un tel avertissement ne peut être accordé qu'à l'avance afin de, permettre au demandeur de trouver le temps nécessaire pour se réadapter dans une nouvelle profession. Il y a lieu de relever que, même si l'assuré peut être considéré comme apte au placement sous l'angle de l'assurance-chômage et qu'en même temps il est incapable de travailler, l'assureur qui veut mettre fin au versement des indemnités journalières doit également lui impartir un délai pour trouver un emploi adapté (cf. par analogie SJ 2000 II p. 440 n° 47). En définitive, ce n'est que le 1<sup>er</sup> décembre 2005 que la défenderesse a dûment averti le demandeur qu'il devait se trouver un emploi adapté à sa situation. Vu les circonstances du cas, notamment, d'une part, l'expérience du demandeur comme représentant de commerce et son diplôme en informatique qui doivent lui permettre de trouver un emploi sans formation complémentaire, d'autre part, le peu d'empressement manifesté par le demandeur pour retrouver du travail, un délai de trois mois paraît adéquat.

Si, comme l'aurait fait dans la même situation tout homme raisonnable ne pouvant attendre aucune indemnisation de tiers, le demandeur avait mis à profit cette capacité de travail dans le délai de trois mois dès l'avertissement, la défenderesse n'avait plus à servir d'indemnités journalières au delà du 28 février 2006. En conséquence, il y a lieu d'admettre partiellement les prétentions du demandeur et de lui reconnaître le droit à une indemnité journalière sur la base d'une incapacité de travail entière du 1<sup>er</sup> au 20 novembre 2005, puis de 50% du 21 novembre 2005 au 28 février 2006. Etant donné que l'indemnité journalière convenue s'élève à 106 fr. en cas d'incapacité totale de travail, l'assuré a droit à 2'120 fr. du 1<sup>er</sup> au 20 novembre 2005 (20 x 106), puis à 5'300 fr. du 21 novembre 2005 au 28 février 2006 (10 indemnités en novembre, 31 en décembre, 31 en janvier et 28 en février représentant au total 100 indemnités de 53 fr.), soit un montant total de 7'420 fr.

Puisque le demandeur n'a plus payé ses primes d'assurance depuis le mois de septembre 2005, en vertu de l'art. 120 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO), il y a lieu de compenser le montant de celles-ci avec les prestations dues par la défenderesse. En effet, la compensation est possible lorsque deux obligations de la même espèce existent réciproquement entre deux personnes et que la dette, avec laquelle le créancier entend exercer la compensation, est exigible et fondée en droit

(IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Vol. I, 6ème édition, Bâle 1986, p. 196 ss). En l'espèce, la prime mensuelle était de 80 fr. en 2005 et de 96 fr. 50 en 2006. En conséquence, jusqu'à la fin de l'obligation de la défenderesse de verser des prestations, le demandeur est en tout cas redevable des primes mensuelles arriérées à raison de 320 fr. pour 2005 (4 x 80) et de 193 fr. pour 2006 (2 x 96.50), soit 513 fr., plus les frais de rappel de 20 fr. par mensualité impayée, soit 120 fr. En définitive, la défenderesse devra verser au recourant la somme de 6'787 fr. (7'420 - 633).

8. En revanche, la demande de paiement d'une indemnité de 5'000 fr. à titre de réparation morale doit être rejetée. Les conditions d'une telle réparation, prévue par l'art. 47 CO, ne sont en effet pas remplies. En effet, cette disposition conditionne l'octroi d'une indemnité à titre de tort moral à l'existence de lésions corporelles ou de mort d'homme, conditions qui ne sont manifestement pas remplies dans le cas d'espèce. Un élément constitutif de la réparation n'étant pas réalisé, il n'est ainsi pas nécessaire d'examiner si la douleur morale éprouvée est particulièrement grande comme le réclame la jurisprudence (ATF 108 II 422 JT 1983 1 104) et si la défenderesse a commis une faute. De même, la question de la compétence du Tribunal de céans en la matière peut rester ouverte, s'agissant d'une prestation qui ne fait partie du catalogue de l'assurance-maladie et qui, par conséquent, sort du cadre de l'assurance-maladie complémentaire (cf. JdT 1999 III 106 consid. f).
9. Le demandeur obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de 2'000 fr. lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 89H al. 3 LPA). Pour le surplus, la procédure est gratuite.

**PAR CES MOTIFS,  
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare la demande recevable. Au

fond :

2. L'admet partiellement.

3. Condamne la défenderesse à payer au demandeur un montant de 7'420 fr.

4. Constate que le demandeur doit 633 fr. à titre de primes arriérées.

5. Ordonne la compensation entre ces deux montants.

6. Condamne la défenderesse à verser au demandeur une indemnité de 2'000 fr. à titre de dépens.

7. Dit que la procédure est gratuite.

8. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral, 1000 LAUSANNE 14, conformément aux articles 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (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'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

Le greffier :

Pierre RIES

La Présidente :

Isabelle DUBOIS

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties au Tribunal fédéral des assurances privées par le greffe le **14 JUN 2007**

