

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2128/2009

ATAS/497/2010

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 1**

**du 4 mai 2010**

En la cause

Madame A\_\_\_\_\_, domiciliée à ONEX, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître Michael ANDERS

demanderesse

contre

SWICA ORGANISATION DE SANTE, sise bd de Grancy 39,  
1001 LAUSANNE

défendeur

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelynne BOUCHAARA et Christine  
TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

---

### **EN FAIT**

1. Madame A\_\_\_\_\_ (ci-après l'assurée) a travaillé en qualité de serveuse auprès du restaurant-pizzeria X\_\_\_\_\_ du 1<sup>er</sup> juin 2002 au 31 mai 2004. A ce titre, elle était assurée auprès de la SWICA (ci-après l'assureur ou le défendeur) dans le cadre d'une assurance collective perte de gain maladie conclue par son employeur. Le contrat prévoyait une indemnité journalière en cas de maladie couvrant le 80% du gain journalier pendant 720 jours dans une période de 900 jours, après un délai d'attente de sept jours. Des conditions générales (CGA, édition 1998) et des conditions complémentaires pour l'assurance indemnité journalière maladie LCA (CCA, édition 2001) complétaient le contrat.
2. En date du 10 juin 2002, l'assurée a subi un accident de travail, qui a engendré une incapacité de travail de 100% jusqu'au 17 novembre 2002. Le défendeur a fait une avance de prestations à hauteur de 13'681 fr. 85 (9'836. 65 + 3'845.20), sur demande du 16 septembre 2002 de l'assureur-accident, lequel a par la suite également versé une somme de 14'424 fr. au titre d'indemnités journalières pour cette période du 10 juin au 17 novembre 2002 (cf. pièces 106, 107, 111 et 114 chargé déf.).
3. D'après les rapports de ses médecins traitants, les Dresses L\_\_\_\_\_, généraliste, et M\_\_\_\_\_, spécialiste en médecine interne, datés respectivement de février et de juin 2003, l'assurée a présenté de nouvelles périodes d'incapacité totale de travail du 14 janvier au 27 février 2003, due notamment à une bronchite, sinusite et œsophagite, puis à nouveau du 21 avril au 3 juin 2003, en raison de cervico-brachialgies gauches apparues suite à une intervention pour hernie discale lombaire en juin 2002 (pièces 108 et 109 chargé déf.).
4. Par courrier du 8 juillet 2003, l'assureur-accident a informé le défendeur que l'assurée avait annoncé une rechute de l'accident du 10 juin 2002 et a sollicité de sa part l'avance des indemnités journalières dès le 4 juin 2003, dans la mesure où il n'était pas encore en possession de tous les éléments pour prendre position.
5. Le 19 décembre 2003, le défendeur a sollicité de l'employeur de l'assurée la restitution des avances consenties concernant les indemnités journalières pour la période du 10 juin au 16 novembre 2002, soit 13'681 fr. 65, attendu que l'assureur-accident lui avait versé par la suite une somme de 14'424 fr. pour cette même période.
6. Par décision du 22 décembre 2003, l'assureur-accidents a considéré qu'il n'existait pas de lien de causalité naturelle entre les affections apparues au mois de juin 2003 et l'événement accidentel de juin 2002, de sorte qu'elles ne justifiaient pas une prise en charge au titre de la LAA.

7. Le Dr N\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en rhumatologie et en médecine interne, a été mandaté par le défendeur pour diligenter une expertise, laquelle a été rendue en date du 16 avril 2004, suite à l'examen de l'assurée le 13 avril 2004. Il a posé les diagnostics de douleurs de l'épaule gauche anamnestiquement post-traumatique avec signes de conflit antéro-supérieur gauche et légère limitation fonctionnelle en abduction et en antépulsion, de tendinopathie chronique discrète du muscle sus-épineux gauche associée à une bursite sous-acromio-deltoïdienne discrète, de lombalgies communes intermittentes et de status après cure de hernie discale L5-S1 droite en juin 2002. Il a retenu qu'au niveau lombaire, seule une hypoesthésie subjective avait pu être mise en évidence dans le territoire C8 gauche par le Dr ESTADE. De plus, au niveau de l'épaule gauche, en ne prenant en compte que les éléments objectifs de l'examen clinique, il n'y avait qu'une limitation de l'abduction au dessus de 90° et de l'antépulsion à 80° chez une patiente droitrière, de sorte qu'il ne pouvait pas attester de la poursuite de son incapacité complète dans son activité de serveuse. D'un point de vue somatique, il a considéré qu'il n'y avait pas d'élément objectif permettant de conclure que l'arrêt de travail après le 18 novembre 2002 soit lié à l'accident du 10 juin 2002 et que l'assurée présentait une capacité de travail de 50% dès le 21 avril 2003 et de 70% depuis le jour de l'expertise dans sa précédente activité de serveuse, et de 100% dans une activité adaptée, soit une activité épargnant son rachis lombaire et son membre supérieur gauche.
8. Par courrier du 10 mai 2004, l'assureur a informé le conseil de l'assurée que les indemnités journalières seraient versées à son employeur à hauteur de 50% dès le 4 juin 2003 et de 30% dès le 13 avril 2004, date de l'expertise médicale, sous déduction d'un montant de 14'424 francs. Il a également requis de l'assurée qu'elle dépose immédiatement une demande de reconversion professionnelle auprès de l'Office de l'Assurance-invalidité.
9. Par courrier du 22 novembre 2004 adressé au conseil de l'assurée, l'assureur s'est référé à sa précédente correspondance du 25 mai 2004 et a indiqué que « compte tenu de la particularité du dossier, notamment le fait que les rapports de travail liant Madame A\_\_\_\_\_ à Monsieur B\_\_\_\_\_ ont pris fin au 31 mai dernier et que la fin de notre obligation contractuelle prendra fin le 23 février 2005, nous sommes disposés, à titre exceptionnel et sans préjudice pour l'avenir, d'allouer nos prestations sur la base d'un taux d'incapacité de travail de 100% », soit du 14 au 20 janvier 2003 (délai d'attente), du 21 janvier au 27 février 2003 et du 21 avril 2003 au 23 février 2005, sous déduction des prestations déjà payées du 14 janvier au 27 février 2003 et du 21 avril au 11 novembre 2003, et des indemnités journalières versées à titre d'avance pour la période du 10 juin au 17 novembre 2002. Les indemnités seraient versées à l'employeur pour la période du 12 novembre 2003 au 31 mai 2004 et à l'assurée du 1<sup>er</sup> juin 2004 au 23 février 2005. L'assureur a toutefois précisé que « notre règlement ne pourra intervenir avant réception d'une

attestation de l'Office Cantonal AI faisant état d'une demande de prestations déposée en bonne et due forme ».

10. Par courrier recommandé du 6 décembre 2005 adressé à l'assurée, l'assureur a fait référence aux différentes correspondances échangées à ce jour et pris note du fait qu'elle n'avait déposé une demande de prestations auprès de l'Assurance-invalidité que le 1<sup>er</sup> août 2005, de sorte que les prestations de cette assurance n'allaient pouvoir lui être versées que dès le 1<sup>er</sup> août 2004, alors qu'un droit aurait pu prendre naissance dès le 1<sup>er</sup> juin 2003, eu égard à son incapacité de travail dès le 10 juin 2002. Ainsi, l'assureur a estimé que son droit à l'indemnité journalière devait être diminué d'un montant théorique rétroactif de 27'430 fr. correspondant aux prestations qu'elle aurait pu percevoir de l'Assurance-invalidité du 1<sup>er</sup> juin 2003 au 31 juillet 2004, ainsi que des prestations déjà versées et des prestations indemnisées à tort, dont il avait été question dans son courrier de novembre 2004. Le solde qui était encore dû s'élevait ainsi à 14'686 fr. 85, de sorte que l'assureur a proposé, pour solde de tout compte, de répartir un montant de 20'000 fr. comme suit : 8'620 fr. à l'employeur pour la période du 11 novembre 2003 au 31 mai 2004 et 11'380 fr. à l'assurée pour la période du 1<sup>er</sup> juin 2004 au 23 février 2005. Par ailleurs, l'assureur renoncerait à faire valoir son « droit de restitution envers un éventuel montant rétroactif AI » qui serait reconnu à l'assurée.

Ce courrier a été adressé tant à l'assurée qu'à son employeur pour accord.

Il apparaît cependant que l'assurée ne l'a pas réclamé dans le délai à l'office postal, de sorte qu'il a été retourné à l'assureur.

11. Par courrier du 11 décembre 2005, l'employeur de l'assurée a notamment fait parvenir à l'assureur les fiches de salaires de janvier à septembre 2003 ainsi que les justificatifs des versements effectués à l'assurée du mois d'octobre 2003 à décembre 2004 (pièce 121 chargé déf.).
12. Le 14 décembre 2005, l'assureur et l'employeur ont convenu d'un versement du premier au second de la somme de 20'000 fr. pour solde de tout compte. De plus, si l'assurée venait à réclamer des prestations, elle devrait s'adresser à son employeur et non plus à l'assureur. Le versement a été effectué le 20 décembre 2005.
13. Par courrier du 23 octobre 2006 adressé à l'assureur, l'assurée s'est référée au courrier du 22 novembre 2004, dans le cadre duquel l'assureur avait accepté de lui verser des indemnités journalières si elle présentait une attestation de l'assurance-invalidité. Elle a cependant indiqué qu'elle lui avait fait parvenir ladite attestation durant le mois d'août 2005, mais n'avait pas reçu de réponse. Elle sollicitait ainsi le versement des prestations qui lui étaient dues.
14. Le 8 novembre 2006, l'assureur a expliqué à l'assurée qu'un courrier recommandé lui avait été adressé le 6 décembre 2005, lequel lui avait cependant été retourné, car

il n'avait pas été réclamé. Il lui a transmis copie de ce courrier et lui a confirmé que la somme de 20'000 fr. avait été versée à son ancien employeur en date du 20 décembre 2005. Aussi devait-elle s'adresser directement auprès lui pour toutes ses prétentions salariales.

15. Par arrêt du 24 mai 2007, le Tribunal de céans, saisi par l'assurée d'une demande à l'encontre de l'assureur, a déclaré sa demande irrecevable pour insuffisance de motifs et défaut de conclusions.
16. Par courrier du 5 décembre 2007, l'assurée, représentée par Me Michael ANDERS, a rappelé à l'assureur qu'elle n'avait pas signé le courrier du 6 décembre 2005 et a sollicité qu'il renonce à se prévaloir de la prescription durant une année.
17. En date du 11 décembre 2007, l'assurée a fait notifier un commandement de payer à l'assureur pour un montant de 27'430 fr. avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> juin 2003, pour « indemnités d'assurance AI pour la période allant du 1<sup>er</sup> juin 2003 au 31 juillet 2004 », et de 8'620 fr. avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> juin 2002, correspondant à la « somme versée sans accord du créancier en mains d'un tiers ». L'assureur y a fait opposition.
18. Par courrier du 21 octobre 2008, l'assurée a requis de l'assureur le versement de 27'408 fr. 96 (soit 23'964 fr. 56 + 3'444 fr. 40 [intérêts à 5% du 7 décembre 2005 au 21 octobre 2008]), correspondant aux indemnités journalières perte de gain maladie du 1<sup>er</sup> juin 2004 au 23 février 2005. Ces indemnités devaient lui être versées en mains propres, attendu qu'elle avait été licenciée pour la fin du mois de mai 2004 et que l'Assurance-invalidité n'avait toujours pas statué sur le montant des prestations dues.
19. Dans un courrier du 21 novembre 2008, l'assureur a informé l'assurée qu'eu égard à l'art. 46 LCA, les indemnités journalières réclamées étaient largement prescrites. Par ailleurs, ses courriers des 22 novembre 2004 et 6 décembre 2005, constituaient des propositions que l'assurée n'avait pas acceptées et qui n'avaient pas interrompu le délai de prescription.
20. Suite à un recours de l'assurée contre une décision de refus de prestations de l'OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE (ci-après l'OCAI) au motif de la violation de son devoir de collaboration, le Tribunal de céans, a, par arrêt du 10 mars 2009, admis son recours et renvoyé la cause à l'OCAI pour expertise.
21. Le 1<sup>er</sup> avril 2009, l'assurée a déclaré que l'assureur avait, dans ses courriers des 22 novembre 2004 et 6 décembre 2005, reconnu les montants qu'il lui devait. Tant les courriers que la réquisition de poursuite, envoyée le 6 décembre 2007, étaient, d'après elle, des actes interruptifs de la prescription. Ainsi, le délai de prescription de deux ans, qui avait débuté le 14 janvier 2003, avait été interrompu le 22

novembre 2004, le 6 décembre 2005 et enfin le 6 décembre 2007, de sorte que ses prétentions n'étaient pas prescrites et qu'elle l'invitait à se déterminer sur le fond du litige.

22. Le 9 avril 2009, l'assureur a relevé que ses courriers de novembre 2004 et décembre 2005 ne pouvaient pas être considérés comme des reconnaissances de dettes inconditionnelles. Dans le cas contraire, il serait en effet impossible, d'après lui, « de négocier un accord à bien plaisir, afin d'éviter une procédure, sans que les propositions avancées ne soient nécessairement considérées comme la reconnaissance d'une obligation juridique. »
23. Par courrier du 5 mai 2009, l'assurée a constaté que, dans le courrier du 22 novembre 2004, le défendeur offrait certes à titre exceptionnel une prestation, mais ne précisait pas que cette offre n'était pas constitutive de la reconnaissance d'une quelconque obligation. De plus, le fait que l'assureur ait sollicité de recevoir la preuve d'une demande de prestations faite auprès de l'Assurance-invalidité ne conditionnait pas, d'après l'assurée, la reconnaissance de l'obligation, mais touchait le versement de celle-ci, de sorte qu'il s'agissait d'une simple modalité, dont l'inobservation ne remettait pas en cause la reconnaissance elle-même. De plus, le versement de 20'000 fr. à son ancien employeur en date du 20 décembre 2005 avait également interrompu la prescription au sens de l'art. 135 CO.
24. Le 15 mai 2009, l'assureur a précisé que, dans son courrier du 22 novembre 2004, il avait non seulement proposé à titre exceptionnel d'allouer des prestations, mais également indiqué que la proposition était faite sans préjudice pour l'avenir. Quant à la réception de l'attestation de l'Office de l'Assurance-invalidité, il s'agissait d'une condition de la proposition et non uniquement d'une modalité. Enfin, il a également soutenu que le versement en décembre 2005 à l'ancien employeur n'était pas une reconnaissance de sa responsabilité.
25. Par acte du 18 juin 2009, l'assurée a interjeté « recours » contre la manifestation de volonté de l'assureur du 15 mai 2009 de lui refuser les prestations sollicitées et a conclu au versement de la somme de 46'498 fr. 40 avec intérêts à 5% dès le 7 février 2005. Se fondant sur les articles 24 et 26 des CGA, l'assurée a soutenu avoir une créance de 46'498 fr. 40, correspondant à « 520 jours » d'indemnités journalières à 89 fr. 42, étant précisé que le montant rétroactif dû par l'Assurance-invalidité, qui n'avait pas encore statué sur ses prétentions, n'avait pas à être pris en considération. Il a fait valoir que le délai de prescription pour réclamer les indemnités journalières débutait le 14 janvier 2003 et qu'il avait été interrompu par les reconnaissances de dette du défendeur des 22 novembre 2004 et 6 décembre 2005 ainsi que par l'envoi d'une réquisition de poursuite le 6 décembre 2007. Ses prétentions n'étaient dès lors pas prescrites.

26. Par réponse du 20 août 2009, l'assureur a conclu, à titre préalable, à l'irrecevabilité de la demande et principalement, à son rejet. Il a tout d'abord soulevé l'exception de prescription. D'après lui, le délai de prescription avait débuté le 21 janvier 2003, soit à l'expiration du délai d'attente de sept jours, et ses courriers des 22 novembre 2004 et 6 décembre 2005 ne l'avaient pas interrompu. En effet, en novembre 2004, il avait fait dépendre son obligation de verser des prestations, du dépôt d'une demande auprès de l'Assurance-invalidité, de sorte qu'il ne s'agissait ni d'une reconnaissance de dette inconditionnelle ni d'une renonciation à l'exception de prescription inconditionnelle et que la réception de l'attestation de l'Office cantonal de l'Assurance-invalidité constituait une condition de la proposition et non une modalité. Cette proposition précisait, qui plus est, qu'elle valait sans préjudice pour l'avenir. Ainsi, il s'agissait d'une simple proposition d'arrangement, laquelle ne le liait que durant le laps de temps raisonnablement nécessaire à la formulation d'une réponse. Attendu que l'assurée n'avait déposé sa demande de prestations auprès de l'Office de l'Assurance-invalidité que neuf mois après la proposition, celle-ci ne le liait plus. Le courrier du 6 décembre 2005 n'était pas non plus constitutif d'une reconnaissance de dette, la proposition qu'il contenait étant faite pour solde de tout compte. Au demeurant, ces courriers ne pouvaient pas être considérés comme des reconnaissances de dette, en effet, dans le cas contraire, il serait impossible d'essayer de trouver un accord à l'amiable, afin d'éviter une procédure judiciaire, sans que les propositions ne soient considérées comme des reconnaissances de dette.

Si le Tribunal de céans devait rejeter l'exception de prescription, l'assureur a soutenu que l'assurée avait touché, durant la période du 4 juin 2003 au 31 mai 2004, des avances sur salaire pour un montant de 40'160 fr. 19, alors que les indemnités journalières réclamées pendant cette période s'élevaient uniquement à 32'559 fr. 45. De plus, les 197 indemnités journalières restantes avaient été versées par son ancien employeur et par l'Hospice général. Du reste, l'assurée ne saurait, d'après l'assureur, prétendre des indemnités journalières après la fin de son contrat de travail, le 31 mai 2004, attendu que les articles 23 et 39 des CGA prévoyaient qu'après extinction de la couverture d'assurance, soit à la fin du contrat, l'obligation qui lui incombait de verser des prestations s'éteignait.

L'assureur s'est enfin réservé le droit de compléter son argumentation quant au fond du litige.

27. Le 12 novembre 2009, l'assureur a transmis au Tribunal de céans les extraits informatiques de tous les versements effectués en faveur de l'employeur. Il a précisé que la pièce 111 du chargé produit correspondait aux indemnités journalières et la pièce 123 au versement du 20 décembre 2005.

28. En date du 26 janvier 2010 s'est tenue une audience de comparution personnelle des parties, lors de laquelle l'assurée a indiqué que le défendeur avait payé à son

employeur des indemnités journalières en raison de son accident à hauteur de 13'681 fr., et que l'assureur-accident avait fait de même, de sorte que le défendeur avait interdit à son employeur de continuer à lui verser des salaires, mais elle ne se souvenait plus depuis quelle date. Le défendeur a indiqué, à cet égard, ne pas savoir à quelle interdiction l'assurée faisait allusion. L'assurée a en outre expliqué que le défendeur lui avait signalé que si elle ne déposait pas une demande de prestations AI, il cesserait tous les versements. Par ailleurs, son employeur ne lui donnait jamais de double des reçus qu'elle signait. En ce qui concernait la proposition de versement de la somme de 20'000 fr., l'assurée a souligné qu'elle n'y avait pas donné suite et que son employeur lui avait indiqué qu'il n'accepterait pas de signer un accord à ce sujet. Il ne lui avait du reste pas transmis cette somme. Elle a également indiqué avoir saisi le Tribunal des Prud'hommes d'une action dirigée contre son ex-employeur, afin de lui réclamer le remboursement des sommes versées par l'assureur de la fin du mois de mai 2004 à la fin du versement des « 520 indemnités journalières ». Elle avait obtenu gain de cause et a proposé de produire copie de ce jugement. Enfin, l'assurée a soutenu qu'elle avait contesté le rapport d'expertise, et en particulier, les taux de capacité de travail retenus.

Le Tribunal de céans a sollicité de l'assurée qu'elle établisse un décompte des montants reçus de son employeur et le détail du montant dont elle réclamait le paiement, qu'elle se détermine sur la pièce 121 du chargé de l'assureur et qu'elle produise le jugement du Tribunal des Prud'hommes et son courrier dans lequel elle avait contesté le rapport d'expertise.

29. Le 29 janvier 2010, l'assureur a transmis au conseil de l'assurée la pièce 121 de son chargé de pièces et ses annexes.
30. En date du 10 mars 2010, l'assurée a produit le jugement du 24 mai 2007 du Tribunal des Prud'hommes et les arrêts rendus par la Cour de Justice et le Tribunal fédéral dans la cause l'opposant à son ex-employeur. Elle a expliqué qu'il en ressortait que ce dernier avait reçu une somme de 20'000 fr. et qu'il avait été condamné à lui verser un montant de 11'380 fr., correspondant aux indemnités journalières qu'il avait conservées sans droit. Par ailleurs, elle a fait valoir que l'assureur avait reconnu, dans son courrier du 22 novembre 2004, qu'elle avait présenté une incapacité totale de travail du 21 janvier au 27 février 2003 et du 21 avril 2003 au 23 février 2005, soit pendant 713 jours. Toutefois, les indemnités journalières étant dues par l'assureur pour une période de 720 jours, c'est une somme de 64'382 fr. 40 (720 x 89.42), dont l'assureur lui était redevable. Or, seuls 20'000 fr. ont été payés par l'assureur à son ex-employeur sur la base du courrier du 6 décembre 2005. Ainsi, attendu que son ex-employeur restait lui devoir une somme de 11'380 fr., l'assureur devait encore lui verser un montant de 44'382 fr. 40 (64'382.40 - 20'000). Par conséquent, l'assurée a réduit ses conclusions à 44'382 fr. 40, avec intérêts à 5% dès le 7 février 2005.

31. Par courrier du 23 avril 2010, l'assureur a persisté dans ses conclusions. Il a principalement constaté que l'assurée ne se déterminait pas concernant la pièce 121 de son chargé et qu'elle ne contestait pas avoir touché 40'160 fr. 19 à titre de salaire pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 31 mai 2004. Pour ce qui était de la période postérieure, l'assurée ne disposait plus d'une couverture d'assurance conformément à l'art. 23 CGA, de sorte qu'elle n'avait plus droit à des prestations.
32. Suite à la transmission de cette écriture à l'assurée, la cause a été gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 4 et let. c de la Loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique tant des contestations prévues à l'art. 56 de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) qui sont relatives à la Loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (LAMal ; RS 832.10) que des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la LAMal, et à l'assurance-accidents obligatoire prévue par la Loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981 (LAA ; RS 832.20), relevant de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (LCA ; RS 221.229.1).

Sa compétence à raison de la matière pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. a) Depuis l'entrée en vigueur de la LAMal en date du 1<sup>er</sup> janvier 1996, les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de cette loi sont soumises au droit privé et plus particulièrement à la LCA (art. 12 al. 2 et 3 LAMal; ATF 124 III 44 consid. 1a/aa, 229 consid. 2b) et au droit des obligations pour tout ce qui n'est pas réglé par la LCA (art. 100 al. 1 LCA ; ATF non publié du 6 mars 2001, 5C.263/2000 consid. 4a).

L'art. 46a LCA prescrit que le for se définit selon la Loi fédérale sur les fors en matière civile, du 24 mars 2000 (Loi sur les fors, LFors ; RS 272) dont l'article 9 al. 1 prévoit qu'une élection de for peut être convenue. D'après l'art. 81 des Conditions générales d'assurance (édition 1998) applicables dans les relations entre les parties (ci-après CGA), l'assuré peut choisir le for ordinaire ou celui de son domicile suisse.

Par ailleurs, d'après l'art. 87 LCA, l'assurance-collective contre les accidents ou la maladie donne au bénéficiaire, dès qu'un accident est survenu, un droit propre contre l'assureur.

b) L'assurée étant bénéficiaire de la couverture d'assurance conclue par son ancien employeur auprès du défendeur, elle est habilitée à agir directement contre celui-ci et présente ainsi qualité pour agir. De plus, elle est domiciliée dans le canton de Genève, de sorte que le Tribunal de céans est compétent à raison du lieu pour connaître de sa demande.

3. a) A titre préalable, il sera rappelé à l'assurée que dans un arrêt 5P.146/1999 du 13 janvier 2000, le Tribunal fédéral a indiqué que dans le cadre des litiges relatifs à l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie obligatoire, l'assureur n'a pas de compétence décisionnelle (...); il ne peut prendre de décision sujette à recours, à l'instar de ce qui se fait dans l'assurance-maladie obligatoire. L'assuré peut faire valoir ses droits en ouvrant directement une action contre l'assureur devant l'autorité compétente en vertu du droit cantonal (ancien art. 47 al. 1 de la loi fédérale du 23 juin 1978 sur la surveillance des institutions d'assurance privées, art. 85 al. 1 nLSA (LSA; RS 961. 01); A. Maurer, Das neue Krankenversicherungsrecht, p. 131 et 136; Viret, Le contentieux en matière d'assurance-maladie selon le nouveau droit, RJJ 1996, p. 191 ss, spéc. p. 199). Seuls les assureurs sociaux sont susceptibles de rendre des décisions au sens de l'art. 49 LPGA - respectant la forme prévue à l'art. 89B de la loi sur la procédure administrative du canton de Genève du 12 septembre 1985 (LPA).

b) En l'espèce, le « recours » de l'assurée, qui remplit au demeurant les prescriptions de forme prévues à l'art. 89B LPA, sera traité comme une demande en paiement et doit être, en tant que tel, déclaré recevable.

4. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 229 consid. 1.1 et les références). La LCA a subi des modifications par la nouvelle du 17 décembre 2004 (FF 2003 3353) ayant entraîné des modifications de la LCA en vigueur dès le 1er janvier 2006, respectivement dès le 1er janvier 2007, de sorte qu'il y a lieu de les prendre en considération dans la mesure de leur pertinence.
5. Le litige porte sur le droit de l'assurée à des indemnités journalières d'un montant global de 44'382 fr. 40.

Il y a tout d'abord lieu de déterminer quelles étaient les indemnités journalières dues et versées par l'assureur à l'employeur, puis, les montants qui ont été perçus par l'assurée.

6. a) Pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal, 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). En introduisant cet allègement de procédure, le législateur s'est inspiré des dispositions de droit fédéral motivées par des buts de

politique sociale en matière de baux à loyer (art. 274d CO), de baux à ferme (art. 301 CO) et de contrats de travail (art. 343 CO; ATF 127 III 421 consid. 2 et les références). Selon la jurisprudence rendue en matière de contrat de travail et de bail, le juge doit établir d'office les faits, mais les parties sont tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Ce principe n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. Le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces; il est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuves sont complètes uniquement lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner leurs moyens de preuve et de les présenter. La maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaire l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a p. 238).

7. a) En matière d'assurances complémentaires, les parties sont liées par l'accord qu'elles ont conclu dans les limites de la loi, les caisses-maladies pouvant en principe édicter librement les dispositions statutaires ou réglementaires dans les branches d'assurances complémentaires qui relèvent de la liberté contractuelle des parties hormis quelques dispositions impératives en matière d'indemnité journalière (ATF 124 V 201 consid. 3d ; ATAS/1104/2006). La LCA ne contient pas de règle d'interprétation des contrats. Comme l'art. 100 LCA renvoie au Code des obligations (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse – CO ; RS 220) pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même, la jurisprudence en matière de contrats est applicable. Les conditions générales, lorsqu'elles ont été incorporées au contrat, en font partie intégrante ; elles doivent être interprétées selon les mêmes principes que les autres dispositions contractuelles (ATF 133 III 675 consid. 3.3, 122 III 118 consid. 2a et 117 II 609 consid. 6c).

b) En l'espèce, d'après la proposition d'assurance collective d'indemnité journalière en cas de maladie, l'assuré a droit à l'indemnité journalière correspondant à 80% de son salaire durant 720 jours dans une période de 900 jours consécutifs et après déduction d'un délai d'attente de 7 jours.

Aux termes des CGA qui lient les parties, la couverture d'assurance est destinée à protéger l'assuré des conséquences économiques de la maladie et de la maternité dans le cadre des prestations convenues (art. 2 CGA). Est réputée maladie toute altération de la santé médicalement attestée qui n'est ni un accident ni la séquelle d'un accident et que subit l'assuré indépendamment de sa volonté (art. 3 1<sup>ère</sup> phrase CGA).

Il y a incapacité de travail lorsque l'assuré se trouve totalement ou partiellement dans l'incapacité d'exercer sa profession et toute autre activité lucrative pouvant raisonnablement être exigée de lui (art. 16 CGA).

En cas d'incapacité de travail complète de l'assuré médicalement attestée, l'indemnité journalière est versée conformément à ce qui a été convenu dans le contrat (art. 12 CGA). En cas d'incapacité de travail partielle d'au moins 25%, l'indemnité journalière est versée proportionnellement au degré de cette incapacité de travail (art. 13 CGA).

Le délai d'attente commence à courir dès le premier jour de l'incapacité de travail constaté médicalement d'au moins 25%, au plus tôt (art. 18 1<sup>ère</sup> phrase CGA). En ce qui concerne la durée de versement des prestations et le délai d'attente, la réapparition d'une maladie (rechute) est considérée comme une maladie nouvelle si, durant 12 mois, elle n'a pas entraîné pour l'assuré d'incapacité de travail (art. 19 CGA).

8. En vertu de l'art. 5 al. 1 du Code des Obligations du 30 mars 1911 (CO ; RS 220), lorsque l'offre a été faite sans fixation de délai à une personne non présente, l'auteur de l'offre reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement.
9. En l'occurrence, l'assurée requiert le paiement de 44'382 fr. 40, correspondant à 720 jours d'indemnités journalières fondées sur une incapacité de travail de 100% ( $720 \times 89.42 = 64'382 \text{ fr. } 40$ ), sous déduction de la somme de 20'000 francs versée par l'assureur à son ex-employeur sur la base du courrier de l'assureur du 6 décembre 2005.

Le Tribunal de céans relève que pour déterminer son droit à des indemnités journalières, l'assurée s'est uniquement basée sur les courriers des 22 novembre 2004 et 6 décembre 2005 de l'assureur, aux termes desquels celui-ci avait notamment indiqué être disposé, « à titre exceptionnel et sans préjudice pour l'avenir », à allouer des prestations sur la base d'un « taux d'incapacité de travail de 100% », soit du 14 au 20 janvier 2003 (délai d'attente), du 21 janvier au 27 février 2003 et du 21 avril 2003 au 23 février 2005, sous déduction notamment de diverses prestations déjà versées.

A lecture des courriers produits par les parties, il sied de constater que l'assureur a soumis des propositions transactionnelles tant à l'assurée qu'à son ex-employeur ; cependant, l'assurée n'y a répondu pour la première fois qu'en date du 8 novembre 2006. A cette date, les pourparlers transactionnels entre l'assureur et son ex-employeur étaient déjà terminés depuis près d'une année, dans la mesure où l'assureur a versé à l'employeur, en date du 20 décembre 2005, une somme de 20'000 fr. pour solde de tout compte (pièce 123 chargé déf.). Au vu de la réponse de l'assurée du 8 novembre 2006 au courrier de l'assureur du 22 novembre 2004, il

doit être admis, eu égard à l'art. 5 al. 1 CO, que l'assurée n'a pas accepté en temps utiles la proposition de l'assureur. Elle a du reste déclaré, lors de l'audience de comparution personnelle du 26 janvier 2010, avoir refusé la proposition de l'assureur portant sur le versement de la somme de 20'000 francs. Partant, elle ne saurait se prévaloir du taux d'incapacité de travail prévu dans les courriers de l'assureur des 22 novembre 2004 et 6 décembre 2005 ainsi que du texte de la transaction intervenue uniquement entre l'assureur et son ex-employeur.

Il sied au demeurant de rappeler, en lien avec la transaction intervenue entre l'assureur et l'ex-employeur de l'assurée, que celui-ci a été condamné par la Juridiction des prud'hommes à verser à l'assurée une somme de 11'380 fr., correspondant à la part de la somme de 20'000 fr. qui lui était attribuée dans le cadre de ladite transaction (pièce 119 du chargé déf.).

10. Afin de pouvoir fixer le montant des indemnités journalières qui sont dues à l'assurée, il y a lieu d'établir, sur la base des documents médicaux, les périodes pendant lesquelles l'assurée a présenté une incapacité de travail ainsi que son taux.
11. a) Au dossier figurent plusieurs rapports médicaux postérieurs au 14 janvier 2003, date à partir de laquelle il est établi et non contesté que l'incapacité de travail de l'assurée n'était plus engendrée par l'accident du 20 juin 2002, de sorte que c'est bien l'assureur perte de gain maladie qui doit dès lors verser des prestations lors des périodes d'incapacité de travail de l'assurée (art. 11 CGA).

b) Comme l'a précisé le Tribunal fédéral des assurances dans sa jurisprudence relative à l'appréciation des preuves dans le domaine médical, le principe de la libre appréciation des preuves signifie que le juge apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Dès lors, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (arrêt du TF non publié 4A.253/2007 du 13 novembre 2007, consid. 4.2). En présence de rapports médicaux contradictoires, le juge ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. L'élément déterminant pour la valeur probante d'un rapport médical n'est ni son origine, ni sa désignation, mais son contenu. A cet égard, il importe que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description des interférences médicales soit claire et, enfin, que les conclusions de l'expert soient bien motivées (ATF 125 V 351 consid. 3, arrêt du TF non publié 4A.45/2007 du 12 juin 2007, consid. 5.1).

Une expertise n'a pas de valeur probante 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 (arrêt du TF non publié 5P.76/2006 du 26 septembre 2006, consid. 2.1).

En matière d'assurance indemnités journalières maladie soumise à la LCA, le Tribunal de céans s'est écarté à plusieurs reprises des rapports médicaux de médecins mis en œuvre par un assureur. Tel a notamment été le cas lorsque les conclusions du médecin mandaté par l'assurance divergeaient de toutes les appréciations concordantes effectuées par d'autres médecins (ATAS/1049/2004 du 13 décembre 2004) ou lorsque le médecin mandaté par l'assurance n'avait pu poser de diagnostic et que ses conclusions sur la capacité de travail avaient varié au gré des courriers adressés par les médecins de l'assuré (ATAS/143/2006 du 14 février 2006).

En ce qui concerne les rapports établis par les médecins traitant, 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).

c) En l'espèce, d'après les rapports des Drs L\_\_\_\_\_ et M\_\_\_\_\_ de février 2003 et du 3 juin 2003, l'assurée a présenté une totale incapacité de travail du 14 janvier au 27 février 2003 en raison notamment de bronchite, sinusite et œsophagite, puis à nouveau du 21 avril au 3 juin 2003, en raison de cervico-brachialgies gauches.

En outre, le Dr N\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en rhumatologie et en médecine interne, a été mandaté par l'assureur pour diligenter une expertise, laquelle a été rendue en date du 16 avril 2004, suite à un examen de l'assurée du 13 avril 2004. Il a posé les diagnostics de douleurs de l'épaule gauche anamnestiquement post-traumatique avec signes de conflit antéro-supérieur gauche et légère limitation fonctionnelle en abduction et en antépulsion, de tendinopathie chronique discrète du muscle sus-épineux gauche associé à une bursite sous-acromio-deltoïdienne discrète, de lombalgies communes intermittentes et de status après cure de hernie discale L5-S1 droite en juin 2002. D'un point de vue somatique, il a considéré qu'il n'y avait pas d'élément objectif permettant de conclure que l'arrêt de travail après le 18 novembre 2002 soit lié à l'accident du 10 juin 2002 et que l'assurée présentait une capacité de travail de 50% dès le 21 avril 2003 et de 70% depuis le jour de l'expertise dans sa précédente activité de serveuse, et de 100% dans une activité adaptée, soit une activité épargnant son rachis lombaire et son membre supérieur gauche.



- 
- 16'006 fr. 20 (358 x [89.42x 50%]) du 21 avril 2003 au 12 avril 2004 (358 jours) ;
  - 8'503 fr. 85 (317 x [89.42 x 30%]) du 13 avril 2004 au 23 février 2005 (317 jours).

Partant, du 14 janvier 2003 au 23 février 2005, les indemnités journalières que l'assureur devait verser à l'assurée s'élèvent à 27'908 fr. (3'397.95 + 16'006.20 + 8'503.85).

b) En outre, l'assureur a produit, en date du 12 novembre 2009, le relevé des versements qu'il a effectués à l'ex-employeur de l'assurée, lesquels se montent à :

- 1'609 fr. 65 pour la période du 14 au 31 janvier 2003 ;
- 2'414 fr. 45 pour la période du 1<sup>er</sup> au 27 février 2003 ;
- 3'934 fr. 70 pour la période du 21 avril au 3 juin 2003 ;
- 20'000 fr. en date du 20 décembre 2005.

Ainsi, l'assureur a versé une somme globale de 27'958 fr. 80 à l'ex-employeur de l'assurée, soit une somme très légèrement supérieure à celle qu'il devait à cette dernière, conformément à la proposition d'assurance collective et aux CGA.

14. Reste à établir si l'assurée a perçu de son ex-employeur une somme de 27'908 fr. au moins, correspondant à son droit aux prestations du 14 janvier 2003 au 23 février 2005.
15. En l'espèce, l'assureur a produit, en pièce 121, les fiches de salaire de l'assurée de janvier à septembre 2003 ainsi que les justificatifs des versements effectués à l'assurée par son ex-employeur du 18 octobre 2003 au mois de décembre 2004. Ces documents ont tous été signés par l'assurée, hormis deux justificatifs signés par d'autres personnes, lesquelles ont attesté avoir reçu les versements en question pour l'assurée.

Il en résulte que celle-ci a perçu, de janvier 2003 au 17 juin 2004, une somme d'au moins 41'978 fr. 10 au titre uniquement d'indemnités journalières et d'avances sur salaire. Ce montant ne comprend pas les versements effectués par l'employeur à titre de prêt, d'allocations familiales, de paiement du loyer et ceux dont on ne connaît pas le motif.

Il doit être constaté que cette somme est largement supérieure aux indemnités journalières qui devaient lui être versées par l'assureur au titre d'indemnités journalières perte de gain maladie pour la période du 14 janvier 2003 au 23 février

2005. Elle ne saurait ainsi réclamer à l'assureur le paiement d'indemnités journalières supplémentaires.

Au demeurant, le Tribunal de céans relève que l'assurée n'a, à aucun moment, contesté avoir reçu des mains de son ex-employeur les versements ressortant de la pièce 121 ou avoir signé les fiches de salaire et les divers justificatifs. Enfin, même expressément questionnée sur la pièce 121, elle ne s'est pas déterminée sur son contenu.

16. Au vu de tout ce qui précède, la demande en paiement de l'assurée est manifestement sans objet et doit dès lors être rejetée.

Il n'y ainsi pas lieu de se déterminer sur l'exception de prescription soulevée par l'assureur.

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

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare la demande recevable.

**Au fond :**

2. La rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110) auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) pour ce qui a trait aux prestations relevant de la LAMal et/ou par la voie du recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral (av. du Tribunal fédéral 29, case postale, 1000 Lausanne 14), conformément aux art. 72 ss LTF en ce qui concerne les prestations relevant de la LCA; 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, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Nathalie LOCHER

Doris WANGELER

La secrétaire-juriste :

Diane E. KAISER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral de la santé publique et à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers par le greffe le