

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/650/2010

ATAS/239/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

2ème Chambre

Arrêt du 8 mars 2011

En la cause

Monsieur M_____, domicilié à Genève, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Eric MAUGUE

demandeur

contre

ALLIANZ SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES, sise avenue du
Bouchet 2, 1209 Genève

défenderesse

**Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente; Diane BROTO et Eugen MAGYARI,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur M_____ (ci-après l'assuré ou le demandeur), né en 1946, a travaillé en qualité de magasinier chauffeur livreur au service de la société X_____ S.A. à compter du 1^{er} avril 2000. A ce titre, il bénéficiait d'une assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie, souscrite par l'employeur auprès d'ALLIANZ SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES S.A. (ci-après l'assureur ou la défenderesse). L'assuré bénéficiait également d'une couverture d'assurance accidents obligatoire auprès de cet assureur.
2. A compter du 7 mai 2008, l'assuré a été en incapacité totale de travailler en raison de problèmes lombaires.
3. Du 16 mai au 16 juin 2008, l'assuré a été hospitalisé au service de rhumatologie des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après les HUG), pour une lombocruralgie L3-L4 droite aiguë avec déficit sensitif moteur dans le cadre d'une hernie discale L3-L4. Lors de son hospitalisation, l'assuré a chuté et s'est fracturé la malléole externe droite, nécessitant une immobilisation et une rééducation jusqu'en novembre 2008 (rapport du 23 juin 2008 de la Dresse A_____, médecin cheffe de clinique).
4. A la demande du Dr B_____, médecin conseil de l'assureur, la Dresse C_____, spécialiste FMH en rhumatologie a, par rapport du 13 octobre 2008, diagnostiqué une lombocruralgie L3-L4 droite déficitaire sur hernie discale L3-L4, une fracture de la cheville droite type Weber B et une pseudarthrose de la fracture de la cheville droite. En raison de la fracture, le traitement pour la cruralgie ne pouvait pas être poursuivi. Des douleurs persistaient encore ainsi qu'un déficit moteur au niveau du quadriceps à droite.
5. L'assuré a adressé à son employeur les certificats médicaux établis mensuellement par la Dresse C_____ attestant son incapacité de travail totale.
6. L'assureur a versé les indemnités journalières perte de gain maladie dès l'expiration d'un délai d'attente de 14 jours.
7. Par rapport du 30 janvier 2009, le Dr D_____, spécialiste FMH en radiologie, a indiqué que l'IRM lombaire révélait un canal étroit congénital avec discopathie étagée, protrusive en L1-L2, L2-L3, L3-L4 et L4-L5, la persistance d'une image herniaire L4-L5 para-médiane gauche luxée vers le bas, en conflit avec la racine L5 gauche. Il y avait également un aspect étroit des canaux radiculaires de façon étagée mais avec prédominance à gauche en L2-L3 et L3-L4.
8. Par courrier du 20 février 2009, l'assureur a fixé à l'assuré un délai au 9 mars 2009 pour s'annoncer auprès de l'assurance-invalidité.

9. Le 2 mars 2009, l'assuré a déposé une demande de prestations auprès de l'Office de l'assurance-invalidité (ci-après OAI).
10. Par rapport du 18 mars 2009, le Dr E_____, médecin adjoint au service de neurochirurgie des HUG, a indiqué avoir revu l'assuré le 16 mars 2009 et lui avoir expliqué les possibilités chirurgicales quant à son atteinte lombaire. Le patient devait le tenir au courant de la décision opératoire éventuelle.
11. A la demande de l'assureur, l'assuré s'est présenté le 6 avril 2009 au cabinet du Dr B_____. Selon les notes d'entretien du médecin, l'assuré était en arrêt de travail maladie depuis le 7 mai 2008 et en arrêt de travail accident depuis le 15 mai 2008. L'arrêt depuis le 7 mai 2008 était dû à une lombocruralgie droite L3-L4 déficitaire sur hernie discale L3-L4. Le Dr E_____ avait proposé en janvier 2009 une intervention pour soulager les douleurs névralgiques des deux membres inférieurs et le manque de force. Le patient n'avait pas pris de décision concernant l'intervention. Après un examen clinique, et au vu du dossier médical, le Dr B_____ a diagnostiqué des lombo-sciatalgies droite et gauche/discarthrose lombaire étagée, discrètement déficitaire à droite et un status post-pseudoarthrose malléole externe cheville droite. Selon lui, l'arrêt de travail était justifié, « prévoir jusqu'à épuisement compte tenu du contexte (maladie). Pas d'exigibilité. Revoir sur dossier après réponse aux trois courriers aux différents médecins traitants ».
12. Le 9 avril 2009, le Dr B_____ a adressé un courrier aux Drs F_____, C_____ et E_____, pour savoir notamment ce qu'il en était de l'intervention chirurgicale.
13. Par rapport du 20 avril 2009, le Dr F_____, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique, a expliqué au Dr B_____ suivre l'assuré pour les suites de la fracture à la cheville. La consolidation avait été très lente, la fracture s'était stabilisée mais l'assuré restait algique.
14. Le 4 juin 2009, la Dresse C_____ a expliqué au Dr B_____ être dans l'attente d'une décision de l'orthopédiste qui devait encore effectuer des examens. Elle a en outre mentionné la nécessité d'une ostéosynthèse de la cheville.
15. Au mois de juillet 2009, l'assuré a accompagné son épouse, malade, au Maroc. Il a, au préalable, sollicité l'autorisation de son médecin traitant, la Dresse C_____, qui a établi à cet égard un certificat en date du 25 juin 2009.
16. Par courrier du 13 juillet 2009, dont une copie était adressée à l'assureur, l'OAI a informé l'assuré avoir tenté de le joindre à plusieurs reprises. L'OAI a indiqué qu'au cours de l'entretien du 9 avril 2009, ils avaient discuté ensemble de la possibilité de prendre en charge soit un permis professionnel, soit un cours de mise à niveau informatique. L'assuré devait les recontacter après s'être renseigné au

sujet du permis professionnel. Or, l'OAI était sans nouvelles. L'assuré devait prendre contact avec l'OAI d'ici au 21 juillet 2009, faute de quoi le mandat d'intervention précoce serait clôturé.

17. Le 23 septembre 2003, l'assureur a requis auprès de l'OAI une copie du dossier de l'assuré. Le dossier contenait les pièces suivantes :

- Le 9 avril 2009, l'assuré a eu un entretien d'évaluation auprès de l'OAI. L'assuré, diplômé en mécanique générale au Maroc, y avait travaillé notamment en tant que dessinateur technique et chef d'équipe pour Y_____ de 1964 à 1995. Il a été convenu que l'OAI le recontacterait à la fin du mois d'avril pour voir les informations que l'assuré aurait eues quant à l'obtention d'un permis professionnel de transport de personnes. En fonction des délais et du prix, l'OAI allait étudier la possibilité d'entrer en matière également pour une mise à niveau informatique.

- Par rapport du 16 avril 2009, la Dresse C_____ a rappelé les diagnostics. La cheville droite était toujours douloureuse. Les douleurs de type cruralgie étaient légèrement améliorées, mais l'assuré présentait toujours une faiblesse du quadriceps et des dysesthésies de la cuisse. Il avait revu le Dr G_____, neurochirurgien, le 16 mars 2009, qui proposait une éventuelle décompression lombaire. Il allait revoir prochainement l'orthopédiste, le Dr F_____, afin d'évaluer l'indication à une ostéosynthèse de la cheville. On ne pouvait donc se prononcer sur le pronostic. L'incapacité de travail était toujours totale, pour une durée indéterminée. L'assuré ne pouvait faire aucun effort physique, il ne pouvait pas porter de charges et ne pouvait pas marcher longtemps. L'activité exercée n'était plus exigible. Elle relevait que l'assuré avait 63 ans et qu'il n'allait pas pouvoir bénéficier d'une réinsertion professionnelle ou d'une aide au placement.

- Selon une note interne du 20 juillet 2009, la fille de l'assuré a contacté l'OAI et a expliqué que son père s'était rendu au Maroc et qu'il devait rentrer à fin juillet. Il s'était renseigné auprès du Service des automobiles pour le permis D1, qui lui avait répondu que ce service ne dispensait pas de cours. L'OAI a expliqué à la fille de l'assuré que le délai, dans le cadre de l'intervention précoce durant lequel son père pouvait bénéficier de mesures, s'achevait à fin août, mais l'assuré était libre de recontacter l'OAI à son retour s'il souhaitait profiter d'une mesure d'intervention précoce.

- Par rapport du 24 août 2009, la Dresse C_____ a informé l'OAI que les lombocruralgies étaient en nette amélioration. Le Dr F_____ avait refait des examens complémentaires concernant la cheville droite. Selon le patient, une intervention était à programmer aux HUG.

- Par note du 28 août 2009, l'OAI a clôturé le mandat d'intervention précoce. L'assuré n'avait pas repris contact avec l'OAI. L'activité exercée avant l'atteinte à la santé - chauffeur-livreur avec de gros port de charges - ne semblait pas indiquée.

Il paraissait utile de présenter le dossier pour évaluer le droit et la possibilité de prendre en charge un permis professionnel (D1) dans le cadre des MOP traditionnelles, étant toutefois précisé que l'assuré était âgé de 63 ans.

- Par courrier du 1^{er} septembre 2009, l'OAI a informé l'assuré qu'en raison de son état de santé, aucune mesure de réadaptation d'ordre professionnel n'était en l'état possible. Par conséquent, l'OAI allait examiner le droit de l'assuré aux autres prestations.

18. Dès octobre 2009, l'assureur a cessé le versement des indemnités journalières.
19. Par courrier du 13 novembre 2009, l'assureur a expliqué à l'assuré que selon les renseignements en sa possession, et notamment le dossier de l'OAI « vous n'avez pas pris contact avec cet office, afin de mettre sur pied une évaluation relative à la possibilité de prendre en charge un permis professionnel dans le cadre des MOP traditionnelles. Aucune nouvelle n'ayant été donnée à l'Assurance-invalidité, celle-ci n'a également pas donné suite à votre requête d'indemnités. De notre côté, nous devons mettre fin aux prestations en votre faveur, étant donné que vous ne collaborez pas à l'instruction de votre dossier vis-à-vis de l'AI qui pourrait nous permettre de prendre une décision».
20. Par courrier du 2 décembre 2009, l'assuré, par l'intermédiaire du Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (ci-après SIT), s'est dit étonné de la décision de l'assureur puisqu'il avait toujours collaboré à l'instruction de son dossier AI. Il s'était rendu à tous les rendez-vous et il ne comprenait pas à quoi se référait l'assureur lorsqu'il évoquait qu'il n'aurait pas pris contact avec l'AI concernant un permis professionnel. Au printemps 2009, il en avait parlé avec la personne en charge de son dossier à l'OAI, il était même allé se renseigner au bureau des autos à Genève, mais il n'avait ensuite pas reparlé de ses démarches puisqu'il n'avait pas eu de rendez-vous. Il n'avait donc jamais refusé de collaborer à l'instruction du dossier. Par contre, l'OAI, dans sa communication du 1^{er} septembre 2009, indiquait clairement que selon les investigations, aucune mesure de réadaptation d'ordre professionnel n'était possible. L'assuré demandait à l'assureur de revoir sa position et de verser les prestations dues. Une copie du certificat l'autorisant à voyager du 25 juin 2009 établi par le médecin traitant était annexée avec la mention « remis à l'employeur ».
21. Par courrier du 22 décembre 2009, l'assureur a maintenu sa position. Contrairement à ce qu'indiquait l'assuré, l'OAI avait clôturé le dossier du fait qu'il n'avait pas repris contact à son retour à fin juillet 2009. L'assureur n'avait d'ailleurs aucune information quant à une reprise de l'instruction du dossier par l'OAI. En outre, l'assuré était allé au Maroc sans avoir averti au préalable l'assureur, qui n'avait reçu aucune demande en ce qui concerne ce départ à l'étranger. Or, tout déplacement à l'étranger est soumis à l'approbation préalable de l'assureur. Ainsi,

l'assureur n'avait aucune information, ni renseignement permettant de revoir sa position. Il suggérait à l'assuré de s'annoncer à l'assurance-chômage pour retrouver un emploi adapté à son état de santé.

22. Par courrier du 7 janvier 2010 adressé au SIT, l'OAI a confirmé que le dossier de l'assuré était toujours en cours d'instruction et n'avait jamais été clôturé contrairement à ce que prétendait l'assureur. Il a précisé que la note de clôture figurant au dossier concernait uniquement les mesures d'intervention précoce qui auraient pu être mises en place dans les six mois à compter de la date de dépôt de la demande. En outre, dans sa communication du 1^{er} septembre 2009 adressée à l'assuré, il était indiqué qu'aucune mesure d'ordre professionnel n'était possible actuellement et que l'OAI examinait le droit à d'autres prestations.
23. Le 3 février 2010, l'assuré, par l'intermédiaire de Maître Eric MAUGUE, a sollicité la reprise du versement des prestations à partir du 1^{er} octobre 2009 dès lors que les motifs pour cesser le versement des prestations étaient infondés. Il a transmis une copie du courrier de l'OAI du 7 janvier 2010 ainsi que le certificat médical du 25 juin 2009 l'autorisant à se rendre à l'étranger durant le mois de juillet 2009.
24. Par écriture du 23 février 2010, l'assuré, représenté par son avocat, a déposé une demande en paiement à l'encontre de l'assureur, concluant au paiement de 20'600 fr., sous réserve d'amplification, avec intérêts à 5% à compter du 15 décembre 2009, au paiement de 1'000 fr. à titre d'indemnités pour frais et honoraires d'avocat hors procédure ainsi qu'au paiement de dépens. Il conteste ne pas avoir respecté les délais qui lui ont été impartis dans le cadre de l'intervention précoce. Quoi qu'il en soit, on ne pouvait lui reprocher de ne pas avoir entrepris le nécessaire pour diminuer son dommage puisqu'aucune mesure de réadaptation n'était possible en raison de son état de santé, comme attesté par l'OAI. L'assureur en était d'ailleurs parfaitement informé lorsqu'il a interrompu le versement des prestations. De plus, il savait que le dossier n'était pas clos par l'OAI. Par ailleurs, son médecin traitant l'avait autorisé à partir au Maroc. L'assureur ne pouvait donc invoquer ce motif pour mettre fin au versement des prestations. L'assuré était toujours en arrêt de travail total attesté par certificats médicaux établis mensuellement du 15 mai 2008 au 15 janvier 2010 et communiqués régulièrement à l'assureur. Il ne savait pas quel était le taux de couverture pratiqué par l'assureur, cela étant, le dernier salaire brut reçu en septembre 2009 était de 4'120 fr. Il concluait donc au paiement des indemnités journalières pour les mois d'octobre 2009 à février 2010, soit 20'600 fr. (5 x 4'120 fr.), avec intérêts à 5% à compter du 15 décembre 2009, date moyenne. Enfin, l'assureur était manifestement en demeure et qui plus est fautive, puisqu'il refusait de prester sans aucun motif fondé et en contradiction avec le dossier de l'OAI dont il disposait. Par conséquent, l'assureur était tenu de payer 1000 fr. à titre de frais d'avocat hors procédure.

25. Par courrier du 25 février 2010 adressé à l'assuré, l'assureur explique n'avoir pas reçu le certificat médical du 25 juin 2009 autorisant l'assuré à voyager à l'étranger durant le mois de juillet 2009. Il s'était donc rendu au Maroc sans l'avoir averti au préalable et sans son consentement. Par ailleurs, si l'OAI indiquait maintenant n'avoir jamais clôturé le dossier, cela était contradictoire à la lecture des pièces figurant dans le dossier de l'OAI. Quoiqu'il en soit, l'assuré n'avait collaboré ni avec l'OAI, ni avec l'assureur. Enfin, l'assureur ne disposait d'aucun certificat ni rapport médical pouvant attester de l'incapacité de travail l'assuré. Ainsi, en l'absence d'éléments de preuve pertinents justifiant l'incapacité de travail du demandeur, il ne lui était pas possible de reprendre le versement des indemnités journalières.
26. Par réponse du 14 mai 2010, la défenderesse conclut, principalement, au rejet de la demande et, subsidiairement, à la suspension de la procédure jusqu'à ce que le dossier médical soit complété. La défenderesse explique que le contrat d'assurance, régi par les Conditions générales pour l'assurance-maladie collective (CG, édition 2005), respectivement les conditions complémentaires pour l'indemnité journalière de maladie (CC, édition 2005) prévoit le versement de 80% du salaire pendant 730 jours après déduction d'un délai d'attente de 14 jours. Elle indique que, dès lors que le salaire assuré est de 4'120 fr., l'indemnité journalière s'élève à 108 fr.36 $((4120 \text{ fr.} \times 12) / 365 \times 80\%)$. Elle fait valoir que les médecins traitants ont conseillé au demandeur de se soumettre à une intervention afin d'améliorer son état de santé, à laquelle il ne s'est pas soumis. Le demandeur a donc violé son obligation de se soumettre aux prescriptions de ses médecins, et ce contrairement à ce que prévoit l'art. 11 ch. 1 CG. Il n'avait, à ce jour, toujours pas accepté de subir l'intervention préconisée par le Dr E_____. Il a en outre enfreint son obligation de diminuer le dommage dans le cadre de sa demande de prestations auprès de l'AI, puisqu'il avait limité au strict minimum ses démarches quant à l'obtention d'un permis de conduire professionnel. Il n'avait en outre pas repris contact avec l'OAI à son retour de vacances. Par ailleurs, le 25 février 2010, la défenderesse avait demandé un certificat médical attestant de son incapacité de travail, avec diagnostic complet. Or, la défenderesse restait toujours dans l'attente d'un tel document. En outre, si le Tribunal devait considérer que les violations à charge du demandeur ne justifiaient pas le refus de verser les prestations, mais uniquement de les réduire, il y aurait alors lieu de limiter l'étendue des prestations à ce que la défenderesse aurait vraisemblablement été amenée à allouer si le demandeur s'était soumis à l'intervention préconisée. Il y aurait donc lieu de compléter le dossier dans ce sens et de suspendre la procédure afin de procéder aux mesures d'instruction nécessaires. La défenderesse ajoute être en droit de compenser les éventuelles prestations qui sont à verser avec celles versées à tort pendant le séjour à l'étranger non autorisé, conformément à l'art. 6 ch. 2 al. 2 CG qui prévoit qu'un assuré malade qui se rend à l'étranger sans le consentement de la société n'a à nouveau droit aux prestations que dès son retour. Il s'ensuit que le fait

que le médecin traitant ne s'oppose pas à un voyage à l'étranger ne suffit pas pour que le droit aux prestations soit donné pendant le séjour. Seule la défenderesse peut accepter ou refuser que le demandeur se rende à l'étranger tout en continuant à bénéficier de prestations.

27. Par réplique du 14 juin 2010, le demandeur explique avoir régulièrement adressé les certificats d'arrêt de travail à son employeur, partant du principe que celui-ci les transmettrait, comme par le passé, à la défenderesse. Il demeure en complète incapacité de travail, ce sans discontinuer depuis le 7 mai 2008. Il verse au dossier les derniers certificats médicaux établis par la Dresse C_____ les 9 février, 12 mars, 13 avril et 14 mai 2010, avec attestation de leur envoi sous pli recommandé. Le demandeur indique que c'est dans sa réponse que la défenderesse lui reproche pour la première fois de ne pas s'être soumis à une intervention chirurgicale dans le courant de l'hiver 2009 en relation avec les problèmes lombaires dont il souffre. Selon le demandeur, la défenderesse contrevient au principe de la bonne foi, car le médecin conseil ou la défenderesse auraient dû l'en informer immédiatement, pour autant que la mesure thérapeutique remplisse les conditions posées par la jurisprudence. Or, le médecin conseil avait estimé que l'incapacité de travail était justifiée et aucun examen médical ultérieur n'avait été requis. Les prestations avaient d'ailleurs été versées pendant six mois encore sans que la défenderesse fasse état de la nécessité d'une quelconque mesure thérapeutique et sans qu'elle se soucie de savoir si l'intervention avait été réalisée. La défenderesse n'avait ainsi jamais fait valoir le moindre manquement justifiant l'interruption des prestations. On ne pouvait donc lui reprocher de s'être soustrait de manière inexcusable à une mesure thérapeutique apte à réduire le dommage. Par ailleurs, s'agissant de son prétendu manque de collaboration avec l'OAI, il fait valoir que son dossier est toujours en cours d'instruction auprès de cet office, qui avait déjà estimé que le métier de chauffeur professionnel n'entraînait pas en considération. Le demandeur produit un rapport du 26 avril 2010 établi par le Dr H_____ du Service orthopédie et traumatologie des HUG, qui suivait le demandeur pour la cheville, ainsi qu'un mandat SMR du 30 avril 2010. En outre, si la défenderesse estimait qu'un changement de profession était possible, ce qui est contesté, il lui appartenait de lui fixer un délai adéquat pour ce faire. S'agissant du voyage effectué à l'étranger, le demandeur soutient que l'art. 6 al. 2 ch. 2 CG est contraire à l'art. 27 al. 2 CC aux termes duquel nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs. Enfin, le demandeur amplifie ses conclusions quant au montant réclamé, soit 23'730 fr. 85 correspondant à 219 indemnités journalières pour la période du 1^{er} octobre 2009 au 7 mai 2010, avec intérêts à 5% à compter de la date moyenne du 15 janvier 2010.
28. Par duplique du 12 août 2010, la défenderesse ne conteste pas avoir reçu les certificats médicaux établis par la Dresse C_____. Cependant, l'incapacité de travail attestée par ce médecin est contestée. Le Dr H_____ n'atteste d'ailleurs d'aucune incapacité de travail liée au problème de la cheville ni se

prononce sur celle en lien avec le problème lombaire. La défenderesse relève que lors de l'examen par le médecin conseil le 6 avril 2009, ce dernier avait prévu de réexaminer la capacité de travail exigible à réception des réponses des médecins traitants. Il avait d'ailleurs écrit le 9 avril 2009 au Dr F _____, au médecin traitant et au Dr E _____ pour savoir si l'indication chirurgicale était maintenue et si elle allait avoir lieu prochainement. La défenderesse fait valoir que l'art. 61 LCA s'applique au contrat d'assurance et qu'elle est en droit de faire application de l'art. 13 CG, qui prévoit le droit pour la défenderesse de réduire ou de refuser les prestations en cas de non-exécution des obligations à charge de l'assuré. L'obligation de se soumettre à un traitement chirurgical n'est pas sujette à une exigence formulée par l'assureur, mais par le simple fait que le traitement est prescrit et est recommandé par les médecins traitants de l'assuré. En l'occurrence, le médecin traitant avait recommandé à ce dernier de se soumettre à cette intervention. Le service médical de la défenderesse avait en outre réclamé des informations concernant l'intervention préconisée auprès des trois médecins qui s'occupaient du demandeur. Ces démarches avaient été interrompues car la défenderesse avait été informée par le courrier de l'OAI du 13 juillet 2009 que le demandeur n'avait pas activement collaboré aux mesures de détection précoce. De plus, la défenderesse fait valoir que le dossier médical du demandeur a été soumis au Dr I _____, spécialiste FMH en neurochirurgie, qui relève que de façon théorique, la capacité de travail évolue comme suit après l'intervention préconisée : incapacité de travail à 100% pendant un mois, incapacité de travail à 50% pendant deux à trois semaines. Or, le Dr E _____ avait examiné une deuxième fois le demandeur le 16 mars 2009 afin de lui recommander l'intervention chirurgicale. Ainsi, le demandeur aurait retrouvé une pleine capacité de travail avant le 31 juillet 2009.

S'agissant de la clause du séjour à l'étranger, la défenderesse explique que celle-ci est prévue pour que l'assureur qui alloue des prestations puisse à tout moment procéder au suivi qu'il est en droit d'effectuer. Il est donc en droit de savoir si un assuré a provisoirement quitté la région de son domicile. L'autorisation donnée par le médecin traitant n'indique pas si le séjour à l'étranger, impliquant une interruption de traitement, aurait une influence sur la durée de celui-ci. La défenderesse n'avait donc pas eu la possibilité de se prononcer sur l'impact de ce séjour quant à l'évolution de l'état de santé du demandeur, ni sur l'impact des possibilités de réadaptation de celui-ci. A ce moment-là, il pouvait encore bénéficier des mesures d'aide à la réadaptation dans le cadre de la détection précoce et la défenderesse aurait été en droit de refuser le séjour à l'étranger. Quoi qu'il en soit, le demandeur n'avait droit à aucune prestation pendant la durée du séjour qui restait à déterminer, raison pour laquelle le demandeur devait restituer ces prestations.

29. Par pli du 24 août 2010, la défenderesse a informé le Tribunal cantonal des assurances sociales (ci-après TCAS), alors compétent, que l'employeur lui avait

transmis deux certificats médicaux établis le 9 août 2010 par la Dresse C _____, dont un l'informant que le demandeur serait à l'étranger pour des raisons familiales du 15 août au 15 septembre 2010. Ainsi, le demandeur n'avait à nouveau pas demandé le consentement préalable à la défenderesse.

30. Par courriers des 6 et 29 octobre 2010, le TCAS a demandé à l'employeur s'il avait reçu le certificat médical du 25 juin 2009 autorisant le demandeur à se rendre à l'étranger, et le cas échéant, s'il l'avait transmis à la défenderesse.
31. Par courrier du 14 octobre 2010, l'employeur a indiqué que tous les certificats médicaux concernant le demandeur avaient été envoyés au fur et à mesure à la défenderesse.
32. Par pli du 12 novembre 2010, l'employeur a précisé n'avoir jamais reçu le certificat du 25 juin 2009.
33. Par courrier du 13 décembre 2010, le demandeur a relevé que la demanderesse reconnaissait avoir reçu, par courrier de l'employeur du 12 août 2010, le certificat médical du 9 août 2010 l'autorisant à partir du 15 août au 15 septembre 2010.
34. Après avoir transmis ce courrier à la défenderesse, le TCAS a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 4 et let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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) 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 relevant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (loi sur le contrat d'assurance, LCA; RS 221.229.1).

Dès le 1^{er} janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009).

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

2. L'assurance complémentaire contre la perte de gain en cas de maladie, objet de la procédure, est soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908

(LCA), dont l'art. 46a renvoie, en ce qui concerne le for, à la loi du 24 mars 2000 sur les fors (LFors). L'art. 9 al. 1 LFors dispose que « sauf disposition légale contraire, les parties peuvent convenir d'un tribunal appelé à trancher un différend présent ou à venir résultant d'un rapport de droit déterminé. ».

Le chiffre 21 des CG prévoit qu'en cas de litige, le preneur d'assurance ou l'ayant droit peut porter plainte soit au siège de la Société, soit à son propre domicile ou siège en Suisse ou au Liechtenstein.

En l'espèce, le demandeur ayant son domicile à Genève, la Cour de céans est compétente *ratione loci*.

3. Dans le cadre d'un litige fondé sur la LCA, comme en l'espèce, l'assuré doit saisir directement l'autorité judiciaire, par voie d'une action qui doit être intentée dans les deux ans à compter du fait d'où naît l'obligation (art. 46 al. 1 LCA), ce délai pouvant être interrompu selon les règles générales du droit privé. Le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves. La procédure est gratuite et le juge peut mettre à la charge de la partie téméraire tout ou partie des frais (art. 85 al. 2 et 3 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance, LSA, entrée en vigueur le 1er janvier 2006, anciennement art. 47 al. 2).

En matière d'assurance collective contre les accidents ou la maladie, l'art. 87 LCA confère un droit propre au bénéficiaire contre l'assureur. Cette disposition institue une créance indépendante au profit de l'ayant droit, créance qui naît au moment de la survenance du cas d'assurance.

Partant, en tant que bénéficiaire de la couverture d'assurance souscrite par son employeur, le demandeur est fondé à agir à l'encontre de la défenderesse.

Déposée par l'assuré devant la juridiction compétente le 22 février 2010, pour des prestations d'assurance dès le 1^{er} octobre 2009, la demande est recevable.

4. La LCA a subi des modifications. La nouvelle du 17 décembre 2004 (FF 2003 3353), est entrée en vigueur le 1er janvier 2006, respectivement le 1er janvier 2007. Du point de vue temporel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits. Dès lors, les dispositions de la LCA seront citées dans leur teneur en vigueur au moment des faits déterminants, soit postérieurement au 1^{er} janvier 2006.
5. Le litige porte sur la question de savoir si le demandeur - qui a reçu des indemnités journalières versées par la défenderesse en raison d'une incapacité de travail totale depuis le 7 mai 2008 - a droit à des indemnités journalières au-delà du 30 septembre 2009. En particulier, il sera examiné si la défenderesse était en droit de mettre fin au versement des prestations à compter du 1^{er} octobre 2009 au motif que

le demandeur aurait contrevenu à son obligation de collaborer avec l'OAI et qu'il ne se serait pas soumis à une intervention chirurgicale.

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).

Dans des arrêts qui concernaient comme ici une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (arrêt 5C.211/2000 du 8 janvier 2001, consid. 4c non publié à l'ATF 127 III 106; arrêt 5C.176/1998 du 23 octobre 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 déduisait, 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; ATF 114 V 281 consid. 3a; voir aussi VINCENT BRULHART, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, in *Le droit social dans la pratique de l'entreprise - questions choisies*, 2006, p. 95 ss, 107).

L'art. 61 LCA étant 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), il convient d'examiner si les CG auraient adopté sur ce point une réglementation différente.

L'art. 11 al. 3 CG, concernant la diminution du dommage, prévoit que la personne assurée est tenue d'émettre ses prétentions auprès des assurances sociales compétentes en respectant les délais correspondants (let. b) et la personne assurée doit être hospitalisée si cela paraît opportun en vue de la guérison (let d).

L'art. 13 al. 1 CG prévoit qu'en cas d'inobservation des obligations contractuelles lors d'un sinistre, la Société a le droit de réduire ou refuser ses prestations, à moins qu'il soit prouvé que cette violation n'est pas imputable à faute.

7. Depuis le 1^{er} janvier 2003, le droit des assurances sociales est régi par la LPGA, dont l'art. 21 al. 4 LPGA rappelle expressément le principe de l'obligation de

l'assuré de réduire le dommage et le droit de l'assureur de réduire ou de refuser les prestations.

L'application de l'art. 21 al. 4 LPGA présuppose donc une sommation en bonne et due forme, assortie d'un délai de réflexion convenable. Cette procédure de sommation constitue un préalable incontournable à une réduction ou à une suppression des prestations. Elle est nécessaire, même si l'assuré déclare d'emblée s'opposer à une mesure (ATF 134 V 189).

A cet égard, dans un arrêt récent rendu le 12 juillet 2010 (cause 4A_111/2010), le Tribunal fédéral a précisé que, même si les assurances privées n'entrent pas dans le champ d'application de la LPGA, il n'en demeure pas moins que l'art. 21 al. 4 LPGA fait règle également en droit privé. Selon cet article, lorsque l'assuré se soustrait ou s'oppose, ou encore ne participe pas spontanément, dans les limites de ce qui peut être exigé de lui, à un traitement ou à une mesure de réinsertion professionnelle raisonnablement exigible et susceptible d'améliorer notablement sa capacité de travail ou d'offrir une nouvelle possibilité de gain, les prestations peuvent être réduites ou refusées temporairement ou définitivement. Une mise en demeure écrite avertissant l'assuré des conséquences juridiques et lui impartissant un délai de réflexion convenable doit lui avoir été adressée.

Le TF a considéré que la démarche imposée à l'assureur, selon cet article, est une concrétisation des règles de la bonne foi qu'en vertu de l'art. 2 al. 1 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210), chacun doit respecter dans l'exercice de ses droits et l'exécution de ses obligations. Selon la jurisprudence, il y a abus de droit manifeste, prohibé par l'art. 2 al. 2 CC, lorsqu'une personne use de son droit sans ménagement ou de manière inutilement rigoureuse (ATF 135 III 162, consid. 3.3.1 ; 135 III 349, consid. 3 ; 120 II 105, consid. 3a p. 108), notamment lorsqu'elle choisit sans raison objective, parmi plusieurs solutions équivalentes, celle qui est la plus nuisible à l'autre partie (ATF 131 III 459, consid. 5. 2.). De ce point de vue, lorsque l'assureur d'indemnités journalières estime que l'assuré n'a plus droit à des prestations, à l'issue d'une période durant laquelle il a reconnu le droit de l'assuré à celles-ci, on peut attendre de lui qu'il en donne avis à l'assuré et qu'il prolonge le service des indemnités pendant le délai a priori nécessaire à une reprise effective de l'activité.

8. 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 ce qui concerne la preuve, le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent

un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

Enfin, si le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n. 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d).

9. En l'occurrence, la défenderesse a mis fin au versement des prestations à compter du 1^{er} octobre 2009 au motif que le demandeur aurait violé ses obligations contractuelles en ne collaborant pas avec l'OAI et en ne se soumettant pas à une intervention chirurgicale.

La question de savoir si, de par son comportement, le demandeur a effectivement fait échouer la mise en place par l'OAI d'une mesure d'intervention précoce, peut certes se poser. Cette question peut néanmoins rester ouverte, en l'état, car même si cela avait été le cas, la défenderesse n'était pas en droit de suspendre ses prestations au 1^{er} octobre 2009. Il ressort en effet des pièces versées au dossier que la défenderesse n'a pas suivi la procédure préalable de sommation nécessaire à tout refus de prestations. Ainsi, il est établi qu'elle savait, depuis mi-juillet 2009 déjà, que l'OAI était sans nouvelles de la part du demandeur et qu'à défaut d'une prise de contact avant le 21 juillet 2009, cet office clôturerait le mandat d'intervention précoce (courrier du 13 juillet 2009 de l'OAI, pièce 6 chargé demandeur). Or, à aucun moment elle n'a averti le demandeur des éventuelles conséquences juridiques de son comportement à l'égard de l'OAI. Elle ne lui a pas non plus imparti un délai pour modifier son comportement. De surcroît, la défenderesse a mis fin aux prestations le 1^{er} octobre 2009 sans en avertir le demandeur, et a attendu le 13 novembre 2009, soit plus d'un mois après, pour justifier son refus de prester.

Par ailleurs, s'il ressort certes des pièces versées au dossier qu'une intervention chirurgicale était éventuellement envisageable, il n'est nullement établi que le demandeur se serait soustrait à une prescription médicale lui enjoignant de se soumettre à une telle intervention. Force est de constater également que la défenderesse n'a jamais sommé le demandeur de se soumettre à une quelconque

mesure thérapeutique. On ne saurait donc retenir que le demandeur aurait contrevenu à une injonction de l'assureur.

Quoi qu'il en soit, même si le demandeur avait, par sa faute, fait échouer la mise en place d'une mesure d'intervention précoce et même s'il s'était indûment soustrait à une opération appropriée, la défenderesse n'aurait pas été en droit de cesser le versement des prestations comme elle l'a fait, car en omettant la procédure de sommation, assortie d'un délai de réflexion convenable, elle a agi de manière contraire à la bonne foi et a abusé de son droit.

Il s'ensuit que la défenderesse a, à tort, mis fin au versement des prestations à compter du 1^{er} octobre 2009.

10. Il convient encore d'examiner si l'incapacité de travail du demandeur a persisté au-delà du 1^{er} octobre 2009, ce que conteste la défenderesse.

Selon l'art. 11 al. 1 CG portant sur le procédé à suivre en cas de sinistre, le preneur d'assurance, respectivement la personne assurée, justifiera le droit à l'assurance par la présentation des certificats médicaux avec diagnostic complet. La personne assurée doit délier les médecins qui la traitent, ou qui l'ont traitée, du secret professionnel envers le service médical de la Société. En cas de droit à l'indemnité journalière, un contrôle médical régulier (au moins toutes les quatre semaines) doit avoir lieu, sans autre convention écrite (art. 11 al. 3 let c CG). En outre, la Société est en droit d'organiser des visites aux patients, ainsi que de demander des renseignements et justificatifs complémentaires, en particulier des certificats médicaux. Sur demande, la personne assurée doit se soumettre à un examen effectué par un médecin désigné par la Société (art. 11 al. 2 CG).

En l'occurrence, sur la base de rapports médicaux circonstanciés établis non seulement par le médecin traitant, la Dresse C _____, mais également par d'autres spécialistes (Dresse A _____ et Dr D _____), la défenderesse a reconnu un droit aux prestations en faveur du demandeur à compter du 7 mai 2008. La Cour de céans observe par ailleurs que le Dr B _____, médecin conseil de la défenderesse rejoint, s'agissant des constatations médicales et des diagnostics posés relatifs aux troubles lombaires, l'appréciation du médecin traitant. En outre, l'incapacité de travail totale était, selon lui, pleinement justifiée (rapport du 6 avril 2009). Il apparaît en outre que, conformément à l'art. 11 al. 3 let. c CG, le demandeur s'est soumis à un contrôle régulier et a fait parvenir à la défenderesse des certificats médicaux, établis mensuellement par la Dresse C _____, attestant de la poursuite de son incapacité de travail totale. Sur cette base-là, la défenderesse a versé les indemnités journalières jusqu'au 30 septembre 2009.

S'agissant de la période d'octobre 2009 à mai 2010, la Cour de céans constate que le demandeur a, comme pour la période antérieure, fait parvenir à la défenderesse les certificats médicaux attestant son incapacité de travail totale et signés par la

Dresse C_____ (les 13 octobre, 6 et 26 novembre 2009, 15 janvier, 9 février, 12 mars, 13 avril et 14 mai 2010).

Au vu de l'ensemble des pièces versées au dossier, et en particulier du mandat SMR du 30 avril 2010 faisant toujours état des troubles lombaires ainsi que d'une incapacité de travail totale et du rapport du Dr H_____ du 26 avril 2010 mentionnant que son patient est en arrêt de travail pour des problèmes lombaires, la Cour de céans est d'avis que les certificats médicaux établis par la Dresse C_____ rendent hautement vraisemblable la persistance d'une incapacité de travail totale pour la période d'octobre 2009 à mai 2010.

On rappellera en outre qu'en cas de doute sur l'existence de l'incapacité de travail, il appartient à l'assureur d'apporter la preuve du contraire. Or, la défenderesse n'a pas apporté le moindre élément permettant de mettre en doute les certificats produits par le demandeur. Elle doit donc supporter les conséquences de cette absence de preuve. En effet, si le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas du fardeau de la preuve. En cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3).

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que l'incapacité de travail totale du demandeur en raison de ses troubles lombaires a persisté d'octobre 2009 au 14 mai 2010 en tout cas.

11. La défenderesse fait encore valoir que le demandeur a reçu à tort des prestations pendant son séjour au Maroc en juillet 2009, dès lors qu'il s'y est rendu sans demander au préalable l'autorisation à la défenderesse, ce contrairement à ce que prévoit l'art. 6 ch. 2 al. 2 CG. Il est précisé que le demandeur ne conteste pas être parti à l'étranger sans requérir le consentement de la défenderesse.

La LCA ne contient pas de règle d'interprétation des polices d'assurance mais elle renvoie au droit des obligations pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même (art. 100 LCA).

Selon la jurisprudence, les conditions générales font partie intégrante du contrat et celui qui signe un texte comportant une référence expresse à des conditions générales est lié au même titre que celui qui appose sa signature sur le texte même des conditions générales, sans qu'il importe qu'il ait réellement lu les conditions générales en question (ATF 119 II 443 consid. 1a; 109 II 452 consid. 4; 108 II 416 consid. 1b). Les dispositions contractuelles préformulées sont en principe interprétées selon les mêmes règles que les clauses contractuelles rédigées individuellement (ATF 122 III 118 consid. 2a; 117 II 609 consid. 6c p. 621).

La validité des conditions générales d'affaires préformées doit être limitée par la règle dite de l'inhabituel, ou de l'insolite (Ungewöhnlichkeitsregel), en vertu de

laquelle sont soustraites de l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales toutes les clauses inhabituelles, sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée (ATF 119 II 443 consid. 1a et les références citées). Pour qu'une clause soit considérée comme insolite, il ne suffit pas que le contractant soit inexpérimenté dans la branche économique en question; il faut en plus de ce critère subjectif que, par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou qu'elle sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat (ATF 119 II 443 consid. 1a; 109 II 452 consid. 5b et les réf. citées; 5C.74/2002). La disposition peut également être étrangère à la nature même de la convention en raison de son emplacement (Vincent BRULHART, Droit des assurances privées, 2008, p. 129).

12. Pour savoir si les parties contractantes ont, en l'espèce, suspendu conventionnellement le droit aux prestations en cas de séjour de l'assuré à l'étranger sans le consentement de l'assureur, il convient, en application des principes rappelés supra, de se référer aux CG.

La Cour de céans constate que, du point de vue systématique, les CG distinguent le chapitre relatif à l'étendue de l'assurance (art. 1 à 10 CG) de celui relatif aux obligations en cas de sinistre (art. 11 à 13 CG).

Dans le chapitre des obligations en cas de sinistre figurent, notamment, le procédé que doit suivre l'assuré en cas de maladie, son obligation de renseigner et de diminuer le dommage ainsi que les conditions permettant à l'assureur de réduire ses prestations. On relèvera qu'aucune disposition ne porte sur les éventuelles obligations qu'aurait l'assuré malade en cas de séjour à l'étranger.

Le chapitre concernant l'étendue de l'assurance définit notamment, quant à lui, les prestations assurées, la maladie, l'incapacité de travail, les exclusions, les personnes assurées, la validité territoriale de l'assurance, le début et la fin de la couverture d'assurance. Dans ce chapitre se trouve l'article 6 CG, intitulé « Où l'assurance est-elle valable ? » qui prévoit à l'al. 2, qu'un assuré malade qui se rend à l'étranger sans le consentement de la Société n'a à nouveau droit aux prestations que dès son retour.

Compte tenu de l'emplacement de cette clause limitative - figurant dans le chapitre relatif à l'étendue de l'assurance, alors qu'elle relève à l'évidence du chapitre relatif aux obligations de l'assuré en cas de sinistre - celle-ci constitue une clause insolite. Le demandeur, non qualifié et sans expérience dans la branche des assurances, ne pouvait pas prendre en compte cette clause - inhabituelle de par son emplacement - et sur laquelle son attention n'a pas été spécialement attirée.

Il s'ensuit que l'art. 6 al. 2 CG n'est pas opposable au demandeur, qui a ainsi droit aux prestations de la défenderesse pendant son séjour à l'étranger.

13. Il résulte de ce qui précède que l'incapacité de travail du demandeur a débuté le 7 mai 2008 et que conformément à la police d'assurance, les indemnités journalières sont dues durant 730 jours déduction faite du délai d'attente de 14 jours. Le droit à l'indemnité journalière de 108 fr. 36 - montant non contesté par les parties - prend ainsi fin le 7 mai 2010.

Le demandeur a donc droit à 23'730 fr. 85, correspondant à 219 indemnités journalières pour la période du 1^{er} octobre 2009 au 7 mai 2010 (219 x 108 fr. 36).

S'agissant des intérêts moratoires, l'art. 41 al. 1 LCA dispose que la créance qui résulte du contrat est échue quatre semaines après le moment où l'assureur a reçu les renseignements de nature à lui permettre de se convaincre du bien-fondé de la prétention.

Ce délai n'a plus de raison d'être dès le moment où l'assureur conteste à tort son obligation. La prestation devient alors immédiatement exigible. L'interpellation de l'assureur est nécessaire à sa mise en demeure, laquelle suppose l'exigibilité de la créance. Aucun intérêt moratoire n'est dû par l'assureur qui n'a pas encore été mis en demeure (CARRE, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, édition annotée, 2000, ad art. 41 LCA, p. 301 et les références citées). L'intérêt moratoire est fixé à 5% conformément aux art. 102 et 104 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO) applicable par renvoi de l'art. 100 LCA.

Les CG applicables en l'espèce ne prévoient pas de disposition particulière à cet égard.

En l'occurrence, la défenderesse a refusé de verser les indemnités journalières par courrier du 13 novembre 2009, rendant les prestations exigibles dès cette date. Par courrier du 2 décembre 2009, le demandeur a mis en demeure la défenderesse, de sorte que l'intérêt moratoire de 5% serait dû à partir de cette date pour les indemnités journalières dues du 1^{er} octobre au 30 novembre 2009, soit sur la somme de 6'609 fr. 95 (61 x 108 fr. 36).

S'agissant des indemnités dues à partir du 1er décembre 2009 jusqu'au 7 mai 2010, l'intérêt ne peut pas être fixé au 2 décembre 2009, avant que les indemnités journalières soient exigibles. Il sera donc fixé à une date moyenne, soit le 15 février 2010. Ainsi, les prestations dues du 1er décembre 2009 au 7 mai 2010, correspondant à un montant de 17'120 fr. 90 (158 x 138 fr. 36) portent intérêts à 5% dès le 15 février 2010.

14. Enfin, en ce qui concerne le paiement de dommages et intérêts relatifs aux frais et honoraires avant procédure pour l'activité déployée par un conseil, ceux-ci sont dus par le débiteur en demeure, présumée fautive, sauf s'il prouve qu'il a personnellement exercé toute la diligence que son créancier était en droit d'attendre

de lui en vue d'assurer l'exécution à l'échéance (art. 103 CO *cum* art. 100 LCA; ATAS/1178/2006; THEVENOZ, Commentaire romand, n° 11 ad art. 103 CO;).

En l'espèce, la défenderesse a mis prématurément un terme au versement de ses prestations. Sa demeure est par conséquent fautive.

La défenderesse sera par conséquent condamnée à payer l'intégralité des frais encourus par le demandeur avant la procédure, à concurrence de la somme de 1'000 fr., qui apparaît raisonnable et n'est au demeurant pas contestée par la défenderesse.

15. Compte tenu de ce qui précède, la demande doit être admise et la défenderesse condamnée à payer au demandeur le montant de 6'609 fr. 95 avec intérêts à 5% l'an dès le 2 décembre 2009, 17'120 fr. 90 avec intérêts à 5% l'an dès le 15 février 2010 ainsi que 1'000 fr. pour les frais encourus par le demandeur avant la procédure.

Le demandeur obtenant gain de cause, la défenderesse sera condamnée à lui verser une indemnité de 2'500 fr. à titre de participation à ses frais et dépens (art. 89H al. 3 de la LPA).

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Condamne la défenderesse à payer au demandeur la somme de 6'609 fr. 95 avec intérêts à 5% l'an dès le 2 décembre 2009.
4. Condamne la défenderesse à payer au demandeur la somme de 17'120 fr. 90 avec intérêts à 5% l'an dès le 15 février 2010.
5. Condamne la défenderesse à payer au demandeur la somme de 1'000 fr. pour les frais encourus par le demandeur avant la procédure.
6. Condamne la défenderesse à verser au demandeur la somme de 2'500 fr. à titre de participation à ses frais et 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 par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF) 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. 72ss 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

Florence SCHMUTZ

Sabina MASCOTTO

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