

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/908/2011

ATAS/927/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 4 octobre 2011

1^{ère} Chambre

En la cause

Monsieur M_____, domicilié à Vernier, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Antje BECK MANSOUR

demandeur

contre

CMBB ASSURANCE MALADIE ET ACCIDENT, sise rue du
Nord 5, 1920 MARTIGNY

défenderesse

**Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Christine
TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur M_____ (ci-après l'assuré), ressortissant portugais né en 1969, a été engagé en tant qu'ouvrier dans la construction par l'entreprise X_____ SA le 19 mars 2002. A ce titre, il bénéficiait d'une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie à hauteur de 80 % après deux jours d'attente conclue avec la CMBB ASSURANCE MALADIE ET ACCIDENT (ci-après l'assurance).
2. L'assuré a été en incapacité de travail totale dès le 22 janvier 2010 pour une durée indéterminée, selon des certificats établis dans un premier temps par le Dr A_____, spécialiste FMH en médecine générale, puis par la Dresse B_____, spécialiste FMH en rhumatologie, le Dr C_____, spécialiste FMH en rhumatologie ayant également signé un certificat daté du 14 juillet 2010. Selon la déclaration de l'employeur, il s'agissait d'une rechute à la suite d'une incapacité de travail du 21 septembre au 20 décembre 2009.
3. L'assurance a prévu des indemnités journalières d'un montant de 133 fr. 25 par jour du 24 janvier au 31 mars 2010, après déduction d'un délai d'attente de deux jours.
4. Dans un rapport du 25 février 2010, le Dr A_____ a fait état de lombosciatalgies droites de type S1 non déficitaires, en précisant que l'affection avait une répercussion sur la capacité de travail et qu'elle était partiellement en lien avec l'incapacité de travail de septembre à décembre 2009. L'assuré se plaignait de douleurs lombaires irradiant au mollet droit. Un changement d'activité était conseillé, l'activité habituelle étant contre-indiquée.
5. Par courrier du 8 avril 2010, reçu par l'assurance le 4 mai suivant, le Dr D_____, spécialiste FMH en psychiatrie et *medical manager* de la CLINIQUE CORELA, a indiqué à l'assurance que la capacité de travail de l'assuré était de 50 % dès le 12 avril 2010 et de 100 % dès le 19 avril 2010, en précisant que le port de charges de plus de 5 à 10 kg, la position en porte-à-faux lombaire et la conduite d'engins vibrants étaient contre-indiquées. Il a ajouté que l'assuré avait été prévenu d'une reprise progressive, mais qu'il ne voulait pas reprendre son ancien travail et qu'il semblait exister un état de sinistrose majeur.
6. Sur mandat de l'assurance, le Dr E_____, spécialiste FMH en rhumatologie, a procédé à l'expertise de l'assuré le 8 avril 2010 à la CLINIQUE CORELA. Dans son rapport du 11 mai 2010, après avoir étudié le dossier médical, il a établi l'anamnèse et relaté les plaintes de l'assuré comme suit : celui-ci avait des douleurs modérées et devait effectuer ses soins personnels avec précaution et lenteur. Le port de charges augmentait les douleurs, qui l'empêchaient de rester assis plus d'une heure et perturbaient son sommeil. Il pouvait cependant marcher et rester debout sans limitations. L'expert a également procédé à un examen clinique complet de l'assuré. Il a posé le diagnostic d'hernie discale L5-S1 paramédiane droite, avec incidence sur la capacité de travail, pour laquelle il a préconisé la poursuite de la

physiothérapie et une perte de poids jusqu'à dix kg. Les limitations fonctionnelles étaient les suivantes: pas de positions en porte-à-faux au niveau lombaire, pas de port fréquent de charges supérieures à 5 kg ou de port occasionnel de poids excédant 10 kg, pas d'utilisation d'engins vibrants. S'agissant de l'évolution le Dr E_____ a noté que l'assuré présentait un certain degré de sinistrose majoré par la visualisation radiologique de son hernie discale, et qu'il était persuadé qu'en raison de cette pathologie, il ne pourrait plus reprendre un travail d'ouvrier bien qu'il n'ait pas les capacités intellectuelles pour travailler dans un bureau. L'assuré était décidé à chercher un travail demandant moins d'efforts, notamment de soulèvement de charges, malgré les mises en garde de l'expert sur la difficulté de trouver un emploi. Quant à la capacité de travail dans le dernier emploi, l'expert a indiqué ce qui suit: *"Pour les raisons expliquées ci-avant, l'intéressé ne reprendra pas son ancien travail. On peut donc considérer que les origines de cette décision sont entièrement antinomiques avec cette petite hernie discale pour laquelle il existe une sinistrose importante. [L'assuré] ne reprendra pas son travail de son propre chef. Cependant, pour strictes raisons médicales, la reprise progressive est possible à 50 % le 12 avril puis à 100 % le 19 avril 2010"*. Dans une activité adaptée, la capacité de travail était entière dès la date de l'expertise.

7. L'assuré a eu un entretien de détection précoce avec l'OFFICE D'ASSURANCE-INVALIDITE (OAI) en date du 14 avril 2010. Il a notamment déclaré que les douleurs liées à la hernie discale étaient apparues un an auparavant mais qu'il y avait un "blocage" depuis le mois de janvier. Son travail consistait pour la moitié à manipuler et porter de la ferraille, et pour l'autre moitié à effectuer de la soudure et du façonnage de la ferraille. Il a déclaré à plusieurs reprises vouloir travailler. Il envisageait notamment une reconversion en tant que conducteur de tractopelles sur les chantiers.
8. Le 29 avril 2010 déjà, l'assurance a indiqué à l'assuré que le rapport du Dr E_____ avait retenu toute l'attention de son médecin-conseil. Après analyse dudit rapport, il constatait que l'assuré disposait d'une capacité de travail de 50 % dès le 12 avril 2010 et de 100 % dès le 19 du même mois, et que ces conclusions lui avaient été communiquées par l'expert lors de l'examen. Par conséquent, les indemnités journalières seraient versées conformément aux constatations du Dr E_____.
9. L'employeur a payé un montant de 3'997 fr. 50 pour le mois d'avril 2010, correspondant aux indemnités journalières dues par l'assurance.

Cette dernière lui a versé un montant de 1'932 fr. 15, correspondant à 11 indemnités journalières complètes et 7 demi-indemnités pour le mois d'avril 2010.

10. Par courrier du 6 mai 2010, l'assuré a exposé à l'assurance que l'expert lui aurait confirmé une incapacité de travail totale dans son ancien métier mais qu'une

activité légère pouvait être exercée, et qu'une décision dans ce sens lui parviendrait. Il reproche à l'assurance de ne pas lui avoir accordé un délai pour trouver une activité adaptée. Il a requis le versement d'indemnités journalières afin de poursuivre des recherches d'activités ciblées et cas échéant, une expertise complémentaire afin de déterminer sa capacité de travail réelle.

11. La Dresse B_____ s'est adressée au médecin-conseil de l'assurance par courrier du même jour. Elle s'est déclarée étonnée par les conclusions de l'expert, et a rappelé que l'activité professionnelle de l'assuré était lourde, et partant incompatible avec ses limitations. De plus, l'assuré, de langue maternelle étrangère, n'avait pas été informé ou n'avait pas compris les conclusions de l'expert au sujet de la reprise du travail. Ce médecin a requis une nouvelle évaluation de la capacité de travail de l'assuré.
12. Le 7 mai 2010, l'employeur a signalé à l'assurance qu'il n'avait pas été informé d'une éventuelle reprise du travail à la suite de l'expertise et qu'il avait versé la totalité des indemnités dues au 30 avril 2010. L'assuré lui avait déclaré ne pas avoir reçu du Dr E_____ l'instruction de reprendre le travail. Il a requis le versement des indemnités pour le mois d'avril 2010.
13. L'assurance a répondu à l'employeur par courrier du 19 mai 2010 que des indemnités journalières n'étaient dues qu'en cas d'incapacité de travail médicalement attestée, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. De plus, l'expert avait communiqué directement ses conclusions à l'assuré lors de son examen. Elle a invité l'employeur à se retourner contre l'assuré pour le remboursement des avances consenties.

A la même date, l'assurance a adressé un courrier au contenu similaire à l'assuré.
14. L'employeur a demandé à l'assuré par courrier du 26 mai 2010 le remboursement des indemnités avancées à fin avril 2010 à hauteur de 2'063 fr. 35, non versées par l'assurance. Il a également souligné que les limitations fonctionnelles établies par l'expert n'étaient pas compatibles avec un emploi dans l'entreprise, et qu'il n'était pas en mesure de lui fournir un poste adapté. Pour ces motifs, il soutenait l'assuré dans ses démarches pour obtenir le versement d'indemnités journalières de l'assurance mais n'était pas à même de les lui verser lui-même.
15. Par courrier du 1^{er} juin 2010, l'assuré a réitéré sa demande tendant au versement d'indemnités journalières en indiquant que son employeur n'était pas en mesure de lui fournir un poste adapté aux limitations fonctionnelles retenues par l'expert.
16. L'assuré a déposé une demande d'indemnités de chômage auprès de SYNA CAISSE DE CHÔMAGE le 2 juin 2010.

17. Par courrier du 9 juin 2010, l'OAI a informé l'assuré qu'il lui accordait une orientation et un soutien pour la recherche d'emploi dans une activité adaptée plus légère.
18. Le 10 juin 2010, l'assurance a considéré que le courrier de la Dresse B _____ du 6 mai 2010 n'amenait aucun élément nouveau.
19. Le 1^{er} juillet 2010, l'employeur a confirmé "la résiliation de fait" des rapports de travail au 12 avril 2010, retenant que l'assuré se considérait incapable de continuer son activité dans l'entreprise aux termes de ses déclarations lors d'un entretien du 20 mai 2010, et que sa décision de ne pas se présenter au travail malgré les conclusions de l'expert constituait un abandon de poste.
20. Dans son rapport du 25 juillet 2010, le Dr F _____, spécialiste FMH en chirurgie, a diagnostiqué une hernie inguinale gauche depuis le 22 juin 2010, à opérer dès que possible, entraînant une incapacité de travail totale du 28 au 30 juin 2010.
21. Par courrier du 17 août 2010, l'employeur a rappelé à l'assurance que les limitations de l'assuré le condamnaient à ne plus travailler dans le domaine du gros-œuvre, étant totalement incompatibles avec les tâches à effectuer. Dans ces conditions, l'employeur ne s'expliquait pas la décision de l'expert quant à la reprise du travail, d'autant moins que la participation de l'assurance à l'Accord paritaire genevois conférait à celle-ci une parfaite connaissance des métiers du bâtiment et devait lui permettre un suivi individualisé des assurés. Il a requis le versement d'indemnités journalières.
22. La Dresse B _____ a attesté de la prolongation de l'incapacité de travail totale par certificat du 31 août 2010.
23. Par décision du 29 novembre 2010, l'OAI a nié le droit de l'assuré à une rente d'invalidité ou à des mesures professionnelles. Il a retenu que la capacité de travail était nulle dans l'activité habituelle depuis le 22 janvier 2010 mais totale dans une activité adaptée, et que le degré d'invalidité résultant de la comparaison des revenus était de 1 %.
24. Par demande du 25 mars 2011, l'assuré (ci-après le demandeur) a conclu, sous suite de dépens, au versement par l'assurance (ci-après la défenderesse) d'un montant de 36'643 fr. 75, correspondant aux 275 indemnités journalières de 133 fr. 25 dues de mai 2010 au jour de la demande, au versement des indemnités journalières non échues dès le jour de la demande et à la constatation qu'il a droit au versement de 445 indemnités journalières en cas d'incapacité de travailler à partir du 28 mars 2011. Il allègue que l'expertise n'est pas crédible, dès lors que le Dr D _____, qui ne l'a jamais rencontré, a attesté d'une capacité de travail avant que le rapport d'expertise ne soit rendu et alors même que l'activité professionnelle du demandeur

n'était possible que dans un cadre adapté sans port de charges, ce qui a été confirmé par l'OAI. Il ajoute qu'il n'a bénéficié d'aucune explication ou précision sur sa capacité de travail et qu'il ne maîtrise pas la langue française. Il relève que son incapacité de travail dans son domaine d'activité donne droit aux indemnités journalières selon les conditions générales de la défenderesse.

25. Dans sa réponse du 27 avril 2011, la défenderesse a conclu au rejet de la demande. Elle allègue que le Dr E_____ a communiqué ses conclusions au demandeur, et les déclarations de celui-ci selon lesquelles il ne voulait pas continuer d'exercer son travail démontrent que la question de la reprise du travail a été abordée lors de l'expertise. Le demandeur est ainsi de mauvaise foi. S'agissant des certificats d'incapacité de travail établis par la Dresse B_____, elle affirme que leur force probante doit être relativisée dans la mesure où ils émanent du médecin traitant et qu'elle n'a pas reçu le certificat du 31 août 2010. Le dernier certificat d'incapacité est celui du Dr C_____ du 14 juillet 2010, de sorte qu'aucune incapacité de travail n'a été attestée au-delà du 2 août 2010. Elle rappelle que le Dr D_____ n'est pas l'expert désigné et a agi en tant qu'"administratif", son courrier du 8 avril 2010 reposant sur les conclusions de l'examen du même jour par le Dr E_____. Elle souligne que l'OAI a considéré le demandeur à même de travailler dans une activité adaptée dès mai 2010, et que c'est dès lors à juste titre qu'elle n'a pas versé d'indemnités dès cette date. Elle rappelle que la sinistrose n'est pas une éventualité assurée. De plus, les expertises doivent se voir accorder plus de poids que les rapports des médecins traitants. En l'espèce, l'expertise correspond aux exigences développées par la jurisprudence et il faut lui reconnaître une pleine valeur probante, que les certificats des médecins traitants ne permettent pas de remettre en cause. En outre, le demandeur a à plusieurs reprises changé de médecin, ce qui confirme son caractère sinistrosique. Ce sont des facteurs non médicaux qui empêchent la reprise du travail. Le demandeur se considère d'ailleurs apte au travail, contrairement à l'avis des médecins traitants, puisqu'il a déposé une demande d'indemnités de l'assurance-chômage. Par ailleurs, l'assuré a l'obligation légale de réduire le dommage, les assureurs étant autorisés à prévoir la déchéance du droit aux prestations dans leurs conditions générales en cas de non respect de cette obligation. La défenderesse soutient que tel est le cas en l'espèce, puisque le demandeur n'a pris aucune mesure concrète en vue de trouver un nouvel emploi alors que le Dr A_____ indiquait déjà dans son rapport de février 2010 qu'une reconversion professionnelle était indispensable. Il n'a pas non plus entrepris de cure d'amaigrissement. La défenderesse se déclare cependant disposée, par gain de paix, à verser les indemnités journalières jusqu'au 31 mai 2010.
26. Par réplique du 26 mai 2011, le demandeur a persisté dans ses conclusions. Il admet que l'affection entraînant son incapacité de travail a débuté le 21 septembre 2009, et qu'il a consulté la Dresse B_____ car celle-ci était spécialiste en rhumatologie, formation dont le Dr A_____ ne bénéficie pas. Quant au Dr C_____, il a remplacé la Dresse B_____ durant ses vacances. Le

demandeur affirme qu'il a tenté de s'insérer dans la vie professionnelle, et qu'il a notamment suivi un stage dans un EMS malgré sa capacité de travail limitée. S'agissant de l'expertise, il estime que ce n'est pas au Dr D_____, qui n'est pas rhumatologue, de décider de la reprise du travail. Il lui était au demeurant impossible de reprendre son emploi habituel en raison de la nature de ses tâches, incompatibles avec les restrictions constatées, comme cela ressort du courrier de son employeur du 17 août 2010. Il indique ne pas avoir de souvenir d'avoir consulté le Dr F_____, mais que le certificat de celui-ci démontre si nécessaire la gravité de son état. Il conteste être atteint de sinistrose et allègue que des indemnités journalières doivent lui être versées durant la période de reconversion, et soutient qu'il a satisfait à son obligation de diminuer le dommage en se soumettant à une physiothérapie régulière, en consultant un médecin rhumatologue et en recherchant un nouvel emploi malgré son incapacité de travail. Le demandeur a complété son écriture par la production de cartes de rendez-vous auprès de la Dresse B_____ et d'un centre de physiothérapie, une convocation à un entretien de diagnostic d'insertion de l'OCE ainsi que ses preuves de recherches d'emploi dans la conciergerie et le nettoyage pour le mois de janvier 2011.

27. Par courrier du 8 juin 2011, le demandeur a transmis à la Cour de céans le jugement rendu le 30 mai 2011 par le Tribunal des prud'hommes, constatant la nullité de la résiliation du contrat de travail par l'employeur de l'assuré en date du 1^{er} juillet 2010, celle-ci étant intervenue pendant une période de protection alors que l'assuré n'était pas en mesure d'exercer son travail sans empêchement fautif de sa part.
28. Dans sa duplique du 1^{er} juillet 2011, la défenderesse a persisté dans ses conclusions. Elle conteste les allégations du demandeur, et relève que celui-ci disposait d'une pleine capacité de travail, à tout le moins depuis mai 2010. Elle lui fait grief de ne pas avoir recherché un emploi dans un domaine différent, contrairement à ce qu'avait préconisé le Dr A_____ dans son rapport de février 2010. Le suivi spécialisé par la Dresse B_____ est également postérieur à l'expertise. S'agissant du jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes, la défenderesse considère qu'il n'amène pas d'élément nouveau dans le cadre de la procédure à son encontre mais est d'avis qu'il est erroné dans la mesure où la période de protection contre la résiliation des rapports de travail n'est pas applicable dans les cas où l'atteinte à la santé est tellement insignifiante qu'elle n'empêche en rien d'occuper un nouveau travail, comme c'est le cas en l'espèce.
29. Copie de cette écriture a été transmise au demandeur par pli du 4 juillet 2011.
30. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 4 et let. c de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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) 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 (LCA; RS 221.229.1).

Selon l'art. 29 al. 2 des conditions générales de l'assurance collective d'une indemnité journalière selon la LCA de la défenderesse (CGA), en cas de contestations, le preneur d'assurance ou l'ayant droit peut choisir soit les tribunaux de son domicile suisse, soit ceux du siège de l'assureur. Si le preneur d'assurance ou l'ayant droit est domicilié à l'étranger, le siège de l'assureur est le for exclusif.

Il y a lieu en particulier de noter que la Cour de céans, dans un arrêt du 31 mai 2011 (ATAS/557/2011), a considéré que les litiges relatifs aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie ne sont pas soumis à la procédure de conciliation préalable prévue à l'art. 197 du Code de procédure civile (CPC; RS 272).

La compétence de la Cour de céans est ainsi établie.

2. La LCA est applicable à la présente assurance, comme cela ressort de l'art. 2 des CGA.
3. La loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 (LSA; RS 961.01) ne contient pas de règles spécifiques concernant les délais relatifs aux contestations de droit privé qui s'élèvent entre les entreprises d'assurance et les assurés. Par conséquent, la demande, déposée dans la forme prévue à l'art. 244 CPC, est recevable.
4. Le litige porte sur le droit du demandeur à des indemnités journalières.
5. La LCA ne comporte pas de dispositions particulières à l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie ou d'accident, de sorte que le droit aux prestations se détermine exclusivement d'après la convention des parties (ATF 4A_92/2010 du 17 mai 2010, consid. 4).
6. La Société suisse des entrepreneurs, section de Genève, à laquelle est affilié l'employeur du demandeur, a conclu un contrat-cadre d'assurance "Métiers du Gros-Œuvre" avec la défenderesse, prévoyant une durée des prestations de 720 jours dans

une période de 900 jours avec imputation du délai d'attente déterminé par l'entreprise. Le contrat prévoit à son article 6 que l'indemnité journalière est versée à partir de 50 % d'incapacité de travail proportionnellement au degré de celle-ci. Dit contrat se réfère en outre aux CGA.

Selon l'art. 3 al. 1 CGA, par maladie, on entend toute atteinte involontaire à la santé physique ou mentale, médicalement et objectivement décelable, qui n'est pas due à un accident ou à ses suites et qui exige un examen, un traitement médical ou engendre une incapacité de travail. Les complications liées à la grossesse sont assimilées à une maladie. L'art. 3 al. 5 CGA définit l'incapacité de travail comme toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique ou mentale. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité.

Aux termes de l'art. 12 al. 12 CGA, l'indemnité journalière due est versée pour chaque jour d'incapacité de travail (dimanche et jours fériés y compris). Conformément à l'art. 12 al. 14 CGA, l'indemnisation de l'incapacité de travail ne pourra avoir lieu qu'à réception d'un certificat intermédiaire ou final (reprise du travail). Le certificat intermédiaire doit être remis à l'assureur une fois par mois. Lors de la réception d'un certificat médical intermédiaire, l'assureur n'indemnise l'assuré que jusqu'à la date de l'établissement du certificat attesté par le praticien ou au plus jusqu'à la fin du mois en cours.

En vertu de l'art. 14 CGA, les prestations sont réduites lorsque l'assuré se soustrait aux prescriptions du médecin (al. 1). Dans les cas où l'on peut raisonnablement exiger de l'assuré qu'il exploite sa capacité de travail dans une profession adaptée, l'assureur accepte de poursuivre l'indemnisation pendant une période convenable au sens de la jurisprudence et ceci, pour autant que l'assuré entreprenne les démarches adéquates telles que recherches d'emplois, inscription à l'assurance chômage, etc. (al. 2). L'art. 14 al. 3 prévoit notamment que les prestations sont refusées lorsque l'assuré refuse de se soumettre aux mesures d'instruction requises par l'assureur, notamment se faire examiner par l'expert médical désigné par l'assureur (let. k), si, sans le consentement de l'assureur, l'assuré change de praticien alors même que ce dernier atteste une reprise totale ou partielle de travail (let. l), et lorsque l'assuré ne respecte pas le principe de la diminution du dommage (let. m). A l'art. 22 CGA, régissant les obligations de l'assuré, il est notamment prévu que l'assuré doit dès le début de l'incapacité de travail consulter un médecin possédant une autorisation de pratiquer et suivre ses prescriptions. Il doit éviter tout ce qui pourrait nuire à ses prescriptions ou prolonger son incapacité (al. 5), et que l'assuré doit participer 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 (al. 6).

7. L'art. 61 LCA dispose que lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage; s'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur sur les mesures à prendre et s'y conformer (al. 1); si l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2). Dans un arrêt relatif à une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA, le Tribunal fédéral a rappelé que cette disposition 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 (ATF 4A_168/2007 du 16 juillet 2007, consid. 3.2.1). Selon la jurisprudence, un délai de trois à cinq mois imparti dès l'avertissement de la caisse doit en règle générale être considéré comme adéquat (ATF 111 V 235, consid. 2a; SJ 2000 II 440, consid. 2b).
8. Selon le principe de libre appréciation des preuves, le juge n'est pas lié par des règles formelles, mais 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. En cas 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. À cet égard, il convient 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; ATF 122 V 157, consid. 1c).
9. En l'espèce, si l'expertise du Dr E_____ correspond aux exigences formelles dégagées par la jurisprudence, la Cour de céans ne peut adhérer à ses conclusions sur la reprise du travail par le demandeur. En effet, l'expert a notamment souligné que le demandeur ne pouvait exercer d'activité impliquant des positions en porte-à-faux au niveau lombaire et proscrit le port fréquent de charges supérieures à 5 kg et conclut néanmoins à une capacité de travail totale dans l'activité habituelle. Or, le demandeur était actif dans le secteur du bâtiment. Selon la description de son poste de travail lors de l'entretien avec l'OAI et les déclarations de son employeur, son activité de ferrailleur est manifestement incompatible avec son état de santé. Cela

ressort également des rapports des médecins traitants. En effet, le Dr A _____ a préconisé un changement d'activité dans son rapport du 25 février 2010 et la Dresse B _____ a également relevé que l'activité professionnelle du demandeur n'était pas compatible avec ses limitations. C'est également à une incapacité de travail totale dans l'activité habituelle que conclut l'OAI dans sa décision du 29 novembre 2010. En définitive, le rapport de l'expert rejoint d'ailleurs les avis des autres médecins consultés par le demandeur, puisqu'il conditionne la reprise de l'activité habituelle à des aménagements d'une telle ampleur que celle-ci est complètement dénaturée et ne peut plus être exercée. Il s'agit donc bien d'une incapacité de travail au sens de l'art. 3 al. 5 CGA, soit d'une perte d'aptitude à accomplir dans sa profession le travail raisonnablement exigible en raison d'une atteinte à la santé. On voit en effet mal comment l'employeur du demandeur, qui l'a engagé en tant que ferrailleur, serait à même d'adapter son poste de travail en supprimant tout port de charges ou toute position en porte-à-faux alors que ces éléments sont inhérents à son activité. Dans ces conditions, ordonner la reprise du travail en imposant à l'employeur du demandeur de modifier de manière essentielle le cahier des charges de ce dernier revient en réalité à répercuter sur l'employeur les risques que l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie est censée couvrir. Il n'existe d'ailleurs dans les CGA aucune disposition permettant d'exiger de l'employeur d'un assuré qu'il adapte le poste aux limitations fonctionnelles. Par ailleurs, on ne peut pas non plus suivre l'expert lorsqu'il déclare que le demandeur serait atteint de sinistrose, parce qu'il "serait persuadé de ne plus être capable de travailler en tant qu'ouvrier". A cet égard, la Cour de céans rappelle que s'il n'existe pas de définition médicale officielle de la sinistrose, les patients qui en sont atteints se caractérisent par une plainte généralement considérée comme exagérée par le médecin et une attitude revendicatrice (Jacques-André SCHNEIDER/Andreas SAURER/ Georges.-A. DAVOINE/Gilles GODINAT/Dominique PETITE, La sinistrose: un diagnostic médical? Réflexions sur l'atteinte à la santé dans l'assurance invalidité fédérale, in: RSAS 1998, p. 20). Or, au vu des limitations posées par l'expert, le demandeur s'avère bien incapable de poursuivre son activité habituelle, de sorte que ses doutes quant à la reprise du travail ne sont en rien exagérés. De plus, comme cela ressort de ses déclarations tant à l'expert qu'à l'OAI ainsi que de ses recherches d'emploi, le demandeur souhaite se réinsérer dans la vie professionnelle et il n'est donc pas figé dans une attente de réparation. Contrairement à ce qu'allègue la défenderesse, on ne saurait non plus voir une attitude sinistrosique dans le fait que le demandeur a consulté plusieurs médecins. Les explications fournies à cet égard par le demandeur sont convaincantes et il n'existe aucun indice permettant de les mettre en doute. Il sied au surplus de souligner que tous les médecins qui ont suivi le demandeur ont attesté d'une incapacité de travail totale, de sorte qu'on ne saurait soupçonner ce dernier d'avoir changé de médecin traitant afin d'obtenir un certificat de complaisance alors que son précédent médecin aurait ordonné la reprise du travail.

10. Dans un deuxième moyen, la défenderesse affirme que le demandeur ne s'est pas plié à son obligation de diminuer le dommage, ce qui conduit à la déchéance de son droit à des indemnités journalières.

Cet argument ne peut être suivi. En effet, le recourant a entrepris des démarches concrètes afin de trouver un emploi adapté à ses limitations fonctionnelles, comme en attestent son inscription au chômage et ses recherches d'emploi dans la conciergerie et le nettoyage. Par ailleurs, la position de la défenderesse s'agissant de l'obligation du demandeur de changer de profession est pour le moins contradictoire, puisqu'elle affirme que ce dernier dispose à dire d'expert d'une pleine capacité dans son activité de ferrailleur, tout en lui reprochant de ne pas avoir cherché un travail approprié, et que l'expert lui-même indique avoir déconseillé un changement d'emploi au demandeur alors que ce dernier lui faisait part de ses intentions de trouver un poste sans port de charges. Le demandeur s'est également conformé aux prescriptions des médecins, dans la mesure où il a été régulièrement suivi par une spécialiste en rhumatologie et qu'il s'est astreint aux séances de physiothérapie préconisées. S'agissant de la perte de poids suggérée par l'expert, on ignore si le demandeur a donné suite à cette recommandation. Cependant, il est patent qu'un amaigrissement de 10 kg est un processus qui ne peut se faire du jour au lendemain mais s'étend sur plusieurs mois. La défenderesse ne peut dès lors pas non plus se fonder sur l'absence de perte pondérale qu'elle allègue pour refuser ses prestations.

11. Eu égard à ce qui précède, il y a lieu de s'écarter des conclusions de l'expert et d'admettre que le demandeur était incapable de travailler dans sa profession au-delà du 19 avril 2010, et ce de manière durable. Partant, il convient de déterminer pendant quelle période le demandeur peut prétendre des indemnités journalières, conformément à la jurisprudence exposée ci-dessus et à laquelle se réfère précisément l'art. 14 al. 1 CGA.

Le demandeur n'a pas été formellement averti de son obligation de se reconvertir dans une autre profession, puisque la défenderesse le considérait apte à poursuivre son activité habituelle. S'agissant de la communication des conclusions de l'expert, la Cour de céans relève à cet égard qu'en dépit des indications du Dr D _____ dans son courrier du 8 avril 2010 et des allégations de la défenderesse, il ne ressort pas expressément du rapport de l'expert que ce dernier aurait fait part au demandeur de son obligation de reprendre le travail. Il est de plus pour le moins curieux que le courrier du Dr D _____ à ce sujet, daté du jour de l'expertise, ne soit parvenu à la défenderesse que près d'un mois plus tard. Il est tout aussi étonnant que celle-ci indique dans son courrier du 29 avril 2010 à l'assuré que son médecin-conseil aurait pris connaissance du rapport d'expertise, alors que celui-ci n'était pas encore établi à cette date. Toutefois, malgré les défauts de communication qui ressortent du dossier, on peut considérer que l'entretien entre l'expert et le demandeur, lors duquel les limitations fonctionnelles rendant

obligatoire le changement de profession ont été établies, peut être assimilé à un tel avertissement. Le demandeur affirme en effet lui-même dans son courrier du 6 mai 2010 qu'il a compris les explications de l'expert en ce sens qu'il devait rechercher une activité adaptée.

C'est donc dès le 8 avril 2010, date de l'examen par le Dr E_____, que court le délai d'adaptation durant lequel les indemnités sont à verser par la défenderesse. Afin de déterminer la durée de la période d'adaptation, il convient de tenir compte des circonstances concrètes telles que la difficulté de retrouver un emploi, l'âge de l'assuré et la capacité de travail dans une activité adaptée (ATF K 64/04 du 29 juin 2006, consid. 4.1). En l'espèce, le délai d'adaptation doit se situer dans la limite supérieure de la fourchette dégagée par la jurisprudence, dès lors que le recourant ne dispose pas d'une formation professionnelle particulière et que ses lacunes en français rendent plus difficile une réinsertion. Il y a donc lieu de condamner la défenderesse à verser les indemnités journalières dues jusqu'au 31 août 2010. On relèvera à cet égard que l'incapacité de travail du demandeur dans l'activité habituelle était médicalement attestée à cette date, et que la défenderesse ne peut tirer argument de la non-remise du certificat de la Dresse SAUDAN-B_____ du 31 août 2010, dès lors qu'elle avait refusé de poursuivre l'indemnisation du demandeur en mai 2010 déjà.

Le calcul des indemnités journalières est le suivant, étant précisé que le montant de 133 fr. 50 n'est pas contesté.

– du 12 au 18 avril 2010, 7 demi-indemnités à 133 fr. 50:	467 fr. 25
– du 19 au 30 avril 2010, 12 indemnités à 133 fr. 50:	1'602 fr.
– du 1 ^{er} au 31 mai 2010, 31 indemnités à 133 fr. 50:	4'138 fr. 50
– du 1 ^{er} au 30 juin 2010, 30 indemnités à 133 fr. 50:	4'005 fr.
– du 1 ^{er} au 31 juillet 2010, 31 indemnités à 133 fr. 50:	4'138 fr. 50
– du 1 ^{er} au 31 août 2010, 31 indemnités à 133 fr. 50:	4'138 fr. 50
Total	18'489 fr. 75

Il y a lieu de noter que le demandeur se réfère dans son écriture aux indemnités journalières à partir de mai 2010, sans conclure expressément au versement de celles afférentes au mois d'avril 2010. L'art. 58 CPC prévoit que le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qui est demandé, ni moins que ce qui est reconnu par la partie adverse. Cependant, lorsque la demande tend à l'allocation de divers postes de dommage reposant sur la même cause, le tribunal n'est lié que par le montant total réclamé, si bien qu'il peut allouer davantage pour un des éléments du dommage et moins pour un autre sans violer le principe *ne ultra petita partium* (Fabienne HOHL, Procédure civile, tome I, 2001, n. 720; ATF 119 II 396, consid. 2). Dans la mesure où le montant alloué au demandeur reste inférieur à la somme totale de ses conclusions, la Cour de céans peut ainsi

octroyer les indemnités journalières relatives au mois d'avril 2010 bien que le demandeur n'y ait pas conclu.

12. Le demandeur conclut à ce que la Cour de céans constate son droit à 445 indemnités journalières à partir du 28 mars 2011.

En préambule, il y a lieu de rappeler que l'objet d'une demande en justice ne peut porter que sur des questions juridiques actuelles dont les conséquences touchent concrètement le justiciable. La jurisprudence admet cependant la recevabilité d'une action en constatation si le demandeur a un intérêt digne de protection à la constatation immédiate de rapports de droit litigieux (ATF 9C_298/2010 du 28 février 2011, consid. 1.1). En matière de prestations futures, l'existence d'un intérêt digne de protection est admise lorsque le justiciable serait enclin, en raison de l'ignorance de ses droits ou obligations, à prendre des dispositions ou au contraire à y renoncer, avec le risque de subir un préjudice de ce fait (ATF 118 V 100, consid. 1 p. 102). De manière générale, l'intérêt digne de protection requis fait défaut lorsque la partie peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatore; en ce sens, le droit d'obtenir une décision en constatation est subsidiaire (ATF 119 V 11, consid. 2a).

Cela étant, il y a lieu de comprendre que la conclusion du demandeur, malgré son libellé, est de nature condamnatore et qu'elle tend au versement des indemnités journalières non échues dès le jour de la demande. Or, comme cela ressort des considérants qui précèdent, le droit aux indemnités journalières en cas de capacité de travail entière dans une activité adaptée ne subsiste que durant une certaine période d'adaptation, dont le terme a en l'espèce été fixé au 31 août 2010. Le demandeur n'a dès lors pas droit à des indemnités journalières après cette date.

13. La demande est partiellement admise.

Le demandeur, qui est représenté, a droit à une indemnité de dépens, fixée à 3'000 fr. (art. 89H al. 3 de la loi sur la procédure administrative [LPA; RSG E 5 10]).

Pour le surplus, la procédure est gratuite.

Afin de satisfaire aux exigences de l'art. 112 al. 1 let. d de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110), il convient de préciser que la valeur litigieuse est de 18'489 fr. 75.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Condamne la défenderesse à verser au demandeur la somme de 18'489 fr. 75.
4. Condamne la défenderesse à verser au demandeur une indemnité de 3'000 fr. à titre de dépens.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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 civile auprès du Tribunal fédéral (av. du Tribunal fédéral 29, case postale, 1000 Lausanne 14), conformément aux art. 72 ss LTF. Selon l'art. 74 LTF, dans les affaires pécuniaires, le recours n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 30'000 francs (al. 1). Même lorsque la valeur litigieuse n'est pas atteinte, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (al. 2). 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 GALEAZZI

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