

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3793/2011

ATAS/250/2015

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre des assurances sociales**

**Arrêt du 8 avril 2015**

**4<sup>ème</sup> Chambre**

En la cause

Monsieur A\_\_\_\_\_, domicilié au PETIT-LANCY, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître Jacques EMERY

demandeur

contre

MUTUEL ASSURANCES SA, sise rue des Cèdres 5,  
MARTIGNY

défenderesse

**Siégeant : Juliana BALDÉ, Présidente; Christine LUZZATTO et Dana DORDEA,  
Juges assesseurs**

---

---

**EN FAIT**

1. Monsieur A\_\_\_\_\_ (ci-après l'assuré ou le demandeur), né le \_\_\_\_\_ 1960, travaille depuis le 3 septembre 2007 en qualité de responsable de chantier auprès de la société B\_\_\_\_\_ SA, à Genève. À ce titre, il est assuré par le biais de son employeur auprès de la CMBB/SKBH/CMEL (ci-après la caisse ou la défenderesse, reprise par Avenir assurance maladie SA) selon une couverture collective pour une indemnité journalière maladie selon la LCA, conformément au contrat-cadre d'assurance des métiers du gros oeuvre, société suisse des entrepreneurs, section Genève (ci-après contrat-cadre SG/SSE). Le montant de l'indemnité journalière est de 80% du salaire et le délai d'attente de deux jours.
2. Le 12 juin 2010, l'employeur a déclaré à la caisse que l'assuré était incapable de travailler depuis le 4 juin 2010.
3. Selon le rapport d'échographie de l'épaule droite réalisé le 14 juin 2010 par le docteur C\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en radiologie, l'état du tendon sus-épineux évoquait le diagnostic de tendinose vraisemblablement calcifiante, sans hyperhémie focalisée. Un discret épanchement dans la bourse sous-acromio-deltoidienne était relevé, pouvant être secondaire à un conflit sous-acromial. La tête humérale présentait une petite encoche corticale au niveau de l'insertion distale du supra-épineux.
4. L'assuré a consulté dans un premier temps le docteur D\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en médecine générale, lequel a attesté une incapacité de travail totale de deux à trois mois dès le 4 juin 2010, en raison d'une épaule douloureuse.
5. Par rapport du 7 septembre 2010, la doctoresse E\_\_\_\_\_, médecin généraliste, a diagnostiqué une tendinite de l'épaule droite, un syndrome de l'angulaire de l'omoplate droite, des cervico-brachialgies droites, un état anxieux important, une déchirure musculaire probable du bras droit, une HTA ainsi qu'une hémochromatose. Elle a prescrit un arrêt de travail à 100 % depuis le 17 juin 2010, date de la première consultation.
6. La caisse a mandaté la clinique Corela afin de déterminer l'état de santé de l'assuré, sa capacité de travail et les possibilités d'une réadaptation professionnelle.

Les docteurs F\_\_\_\_\_, « medical manager », et G\_\_\_\_\_, rhumatologue, ont rendu leur rapport d'expertise le 7 octobre 2010. Ils ont rappelé que l'assuré présentait une déchirure du tendon du long chef du biceps qui n'était plus dans sa gouttière avec une rétraction des muscles au niveau du bras, une bursite sous-acromiale modérée et une arthrose acromio-claviculaire droite. Au début du mois de juin 2010, alors que l'assuré présentait des scapulalgies depuis quelques semaines, la situation était devenue plus aigüe avec des douleurs nocturnes importantes, ayant nécessité un arrêt de travail à partir du 4 juin 2010. L'intéressé signalait des douleurs à la mobilisation du bras, avec une sensation de gêne, de fourmillement et de paresthésie de la main, des hématomes au biceps et des cervicalgies. A l'examen clinique, les experts ont relevé un rachis cervical sensible à la palpation de C5 et

C6, mais une bonne mobilité rachidienne. Le trapèze à droite était douloureux à la palpation, au niveau de son insertion musculaire, et l'assuré relatait une douleur à la mobilisation de l'épaule en fin d'amplitude articulaire avec des signes de conflit sous-acromial positifs. L'élévation active était à environ 140° et la rotation extrême droite au corps à 50°. La rotation interne permettait de rejoindre la zone L5-S1. La capacité de travail de l'assuré était nulle dans l'activité de maçon, mais totale dès le jour de l'examen, soit le 7 octobre 2010, dans une activité adaptée sans port de charge de plus de 15kg ni mouvements au-dessus des épaules. La poursuite des traitements antalgique et anti-inflammatoire, associés à de la physiothérapie, et une infiltration sous-acromiale étaient conseillées. En outre, une intervention au niveau sous-acromial pourrait être discutée afin d'assurer une décompression, bien que le côté délicat d'une telle opération était connu, une raideur séquellaire de l'articulation étant possible.

7. Par courrier du 25 octobre 2010, la caisse a invité l'assuré à déposer une demande de prestations de l'assurance-invalidité. Par pli recommandé du 27 octobre 2010, elle a informé ce dernier que, compte tenu d'une capacité de travail totale dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles, il lui incombait de mettre à profit cette capacité de travail. La caisse lui accordait un délai suffisant pour trouver un emploi adapté et cesserait ainsi le versement des indemnités journalières au 31 janvier 2010 (*recte* : 2011). Postérieurement, sa perte de gain était estimée à 21 %, insuffisante pour donner droit à des prestations. S'il ne trouvait pas d'emploi adapté au 31 janvier 2011, il lui serait possible de s'inscrire à l'assurance-chômage.
8. Le 16 février 2011, la caisse a prolongé le versement des indemnités journalières jusqu'au 28 février 2011.
9. Le 21 février 2011, l'assuré a informé la caisse qu'une intervention chirurgicale était programmée aux Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après HUG).
10. L'office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OAI) a pris en charge une orientation professionnelle du 7 au 25 février 2011 au centre d'intégration et de formation professionnelle (ci-après ORIF) de Vernier. Dans ses rapports des 21 et 28 février 2011, l'ORIF a mentionné que deux postes avaient été mis en évidence, soit magasinier-logisticien et concierge-intendant. Très agréable, poli et consciencieux, l'assuré avait adopté un comportement adéquat et s'était impliqué dans l'équipe. Il avait travaillé de manière sérieuse, étant relevé qu'il compensait beaucoup avec son bras gauche et avouait une forte douleur en fin de journée, bien qu'il ne se plaignait pas. Sa motivation était bonne et ses capacités d'apprentissage correctes. Ses compétences pratiques paraissaient suffisantes pour entreprendre une réorientation comme logisticien ou aide-concierge. Compte tenu des difficultés physiques, l'évolution était considérée comme très bonne mais une nouvelle observation était suggérée après l'opération.
11. Par courrier du 28 février 2011, la caisse a indiqué à l'assuré que nonobstant l'intervention programmée aux HUG, le délai pour le paiement des indemnités

journalières était arrivé à échéance. Il était prié de s'inscrire au chômage dès le 1<sup>er</sup> mars 2011.

12. Par pli recommandé du 28 février 2011, l'assuré a rétorqué qu'il demeurait totalement incapable de travailler dans toute activité. Il a sollicité la poursuite du versement des indemnités journalières au-delà du 28 février 2011.
13. Par pli du 3 mars 2011, le Professeur H\_\_\_\_\_, médecin-chef de service du département de chirurgie des HUG, a confirmé à la caisse que le patient présentait une problématique de l'épaule et subirait une intervention chirurgicale d'acromioplastie le 18 mars 2011.
14. Par courrier du 23 mars 2011, la caisse a rappelé à l'assuré que s'il ne s'était pas annoncé à l'assurance-chômage dès le 1<sup>er</sup> mars 2011, il perdrait tout droit à des indemnités journalières, vu l'absence de perte de gain justifiable au-delà du 28 février 2011. Elle a sollicité la copie de l'inscription à l'assurance-chômage.
15. Dans la lettre de sortie du 31 mars 2011, le Prof. H\_\_\_\_\_ a posé le diagnostic de conflit sous-acromial de l'épaule droite. Les suites post-opératoires étaient favorables, sans complication neurovasculaire du membre supérieur droit. L'arrêt de travail était de 100 % du 18 mars 2011 au 1<sup>er</sup> mai 2011 inclus.
16. Le 12 avril 2011, l'assuré, représenté par son mandataire, a contesté la décision de la caisse, considérant qu'elle ne pouvait se prévaloir du rapport du Dr G\_\_\_\_\_ que si le traitement médical était terminé à fin février 2011, ce qui n'était pas le cas. Il était en incapacité de travail jusqu'au 5 mai 2011 au moins. Il a mis la caisse en demeure de lui verser les indemnités journalières du mois de mars.
17. Le 23 mai 2011, la caisse a informé l'assuré qu'elle avait repris le versement des prestations jusqu'au 30 avril 2011. Le même jour, elle a mandaté la doctoresse I\_\_\_\_\_, rhumatologue auprès de la clinique Corela, aux fins d'examiner l'assuré.
18. Dans son rapport du 17 juin 2011, la Dresse I\_\_\_\_\_ a retenu les diagnostics suivants : suites d'une acromioplastie pour bursite sous-acromiale et rupture du tendon du long biceps droit et arthropathie dégénérative acromio-claviculaire droite. Sur une période de trois mois suivant l'évaluation, l'assuré devait s'abstenir de tout port de charges de plus de 5 kg ainsi que de tout mouvement d'abduction, de rétropulsion ou d'antépulsion au-delà de 50°. L'activité professionnelle de chef de chantier avec travaux de manutention n'était actuellement pas exigible mais sur le plan médico-théorique, une pleine capacité de travail pouvait être envisagée dès le 17 juin 2011 dans une activité adaptée de type surveillance de chantier, exempte de tout mouvement de manutention. Le pronostic était réservé et une nouvelle évaluation après trois mois était souhaitable. L'expert imaginait mal une reprise de l'activité professionnelle dans les mêmes conditions qu'auparavant, soit avec port de charges. Elle proposait la poursuite de la physiothérapie, une nouvelle infiltration et une déclaration à l'AI, car il existait un handicap.

19. Le 15 juillet 2011, sur questions de la caisse, la Dresse I\_\_\_\_\_ a précisé qu'entre l'évaluation précoce et le jour de l'opération, au vu du rapport du Dr G\_\_\_\_\_, la capacité de travail dans une activité adaptée était de 100% dès le jour de l'évaluation, soit le 7 octobre 2010. Cette reprise était purement médico-théorique, car le poste de travail ne pouvait de toute évidence pas être adapté et les rendez-vous pour avis chirurgical avaient de suite été ordonnés. Après l'intervention, il fallait compter au moins trois mois avant la reprise d'une activité professionnelle, même adaptée. L'intervention d'acromioplastie lui paraissait justifiée.
20. Par courrier du 22 juillet 2011, la caisse, se fondant sur l'avis de son médecin-conseil, a informé l'assuré que l'exigibilité dans une activité adaptée restait valable jusqu'au 18 mars 2011, date de l'opération, et à nouveau après une période de convalescence de trois mois. Par conséquent, sa décision de limiter le droit aux indemnités journalières au 28 février 2011 restait fondée. Toutefois, compte tenu de l'opération subie, l'assuré avait de nouveau droit aux indemnités journalières du 18 mars au 20 juin 2011, date à laquelle il était mis fin aux prestations. La caisse renonçait exceptionnellement au remboursement des indemnités journalières versées à tort pendant l'arrêt de travail du 1<sup>er</sup> au 17 mars 2011.
21. Le 29 septembre 2011, le demandeur a communiqué à la caisse copie d'un rapport du 5 septembre 2011 du docteur J\_\_\_\_\_, chef de clinique du département de chirurgie des HUG, attestant que les suites post-opératoires de l'arthroscopie du 18 mars 2011 étaient difficiles, en raison d'une persistance de la douleur et d'une diminution de la force. Une incapacité de travail jusqu'au début du mois d'octobre était justifiée.
22. Par courrier du 22 novembre 2011, la caisse a considéré que passé le délai du 20 juin 2011, la situation de l'assuré ne relevait plus de l'assurance perte de gain maladie, dès lors qu'il lui avait été accordé un délai transitoire pour lui permettre de retrouver un emploi.
23. Par acte du 10 novembre 2011, l'assuré, représenté par son mandataire, a déposé devant la chambre de céans une demande en paiement à l'encontre de la caisse. Sur le fond, il a fait valoir que l'opinion du médecin-conseil était infirmée par celle du Dr J\_\_\_\_\_, lequel expliquait l'incapacité de travail post-opératoire par la persistance des douleurs et une diminution de la force. Par ailleurs, il ne voyait pas pourquoi il aurait dû changer de profession, alors que son employeur était disposé à l'occuper dans une activité adaptée jusqu'à ce qu'il retrouve tous ses moyens. Sa grande force de caractère lui avait permis de reprendre une activité adaptée dès le 5 septembre 2011 alors qu'il disposait d'un certificat d'incapacité de travail jusqu'à fin septembre 2011. Il a conclu, sous suite de frais et dépens, préalablement à la mise en œuvre d'une expertise, principalement à la condamnation de la caisse au paiement de CHF 11'408.35 pour la période du 21 juin 2011 au 4 septembre 2011, avec intérêts à 5 % dès le 29 juillet 2011, de CHF 5'273.40 pour la période du 5 septembre 2011 au 11 novembre 2011, avec intérêts à 5 % dès le 3 octobre 2011, et dès le 12 novembre 2011, au versement de l'indemnité journalière de CHF 77.55

jusqu'à ce qu'il retrouve une pleine capacité de travail et jusqu'à épuisement des droits couverts par l'assurance.

24. Dans sa réponse du 5 janvier 2012, la caisse a rappelé que l'assuré devait faire tout ce qui était possible pour restreindre le dommage, notamment mettre en valeur sa capacité de travail. Il appartenait à l'assurance-chômage de prendre en charge la perte de gain de l'assuré apte au placement. Se fondant sur le rapport du Dr G\_\_\_\_\_, elle considérait le demandeur pleinement capable de travailler dans une activité adaptée dès le 7 octobre 2010. L'OAI avait également retenu que l'activité de maçon n'était plus exigible et avait pris en charge les frais d'une orientation professionnelle en vue de l'exercice d'une activité adaptée. Cela étant, dans le but d'aider l'assuré dans son traitement et en raison de l'hospitalisation, la défenderesse avait prolongé le versement des indemnités journalières jusqu'au 20 juin 2011. La Dresse I\_\_\_\_\_ avait confirmé, dans son expertise de juin 2011 que le demandeur était capable immédiatement de travailler à plein temps dans une activité adaptée. Le demandeur aurait pu reprendre une telle activité dès la fin du mois de juin 2011, puisqu'aucun traitement ne lui avait été administré durant cette période. Or, il n'avait entrepris aucune démarche en ce sens, de sorte qu'il devait être débouté de ses conclusions et condamné aux frais et dépens.
25. Le 7 mai 2012, le conseil du demandeur a communiqué à la chambre de céans copie d'un courrier du Dr J\_\_\_\_\_ du 20 mars 2012. À l'examen clinique, il notait un Popeye Signe positif. Il n'avait pas de réelle solution chirurgicale à proposer et préconisait un reclassement professionnel.
26. Le 11 mai 2012, MUTUEL ASSURANCES SA a informé la chambre de céans qu'elle avait repris le portefeuille LCA de la CMBB et était désormais compétente. Sur question de la chambre de céans, elle a détaillé son calcul du degré d'invalidité, fixé à 21%, expliquant s'être fondée sur les mêmes principes que l'assurance-invalidité.
27. Par ordonnance du 7 juin 2012, la chambre de céans a rectifié la qualité de la partie défenderesse, en ce sens qu'Avenir assurances maladie SA est devenue Mutuel assurances SA.
28. Par arrêt du 31 juillet 2012, la chambre de céans a partiellement admis la demande et condamné la défenderesse à payer au demandeur les montants de CHF 11'788.40 avec intérêts à 5% l'an dès le 29 juillet 2011, CHF 2'016.40.- avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> octobre 2011, ainsi qu'une indemnité de CHF 3'400.- à titre de dépens.

Se fondant sur l'opinion de la Dresse I\_\_\_\_\_, la chambre de céans a retenu que le demandeur était capable de travailler à 100% dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles au plus tôt dès le 17 juin 2011. Elle a toutefois considéré que le délai d'adaptation pour changer d'activité était trop court, et a condamné la défenderesse à payer les indemnités journalières jusqu'au 30 septembre 2011, au terme d'un délai d'adaptation de trois mois.

29. Par acte du 14 septembre 2012, le demandeur a interjeté recours devant le Tribunal fédéral.
30. Entre-temps, l'OAI a octroyé à l'assuré une nouvelle mesure d'observation et d'orientation professionnelle à l'ORIF, du 13 août au 2 décembre 2012. L'assuré a effectué des stages en tant qu'agent d'entretien (position debout en mouvement) du 20 août au 14 septembre 2012, puis d'ébéniste (position alternée assise-debout) du 17 au 21 septembre 2012. Dans le premier métier, il n'a rencontré aucune difficulté à comprendre le module de conciergerie et la qualité de son travail était très bonne. Toutefois, l'adéquation entre l'activité et le handicap était faible s'agissant de la dextérité et de la mobilité, ainsi que du port de charges. Concernant les travaux d'ébénisterie, les aptitudes d'apprentissage étaient excellentes, le travail de l'assuré rapide et de qualité. En dépit de son intérêt pour cette activité et de son talent, il avait souffert des positions et s'était plaint de fortes douleurs à l'épaule et dans le bas du dos, de sorte que l'activité ne paraissait pas réellement adaptée. Du 1er au 12 octobre 2012, l'assuré a intégré une première entreprise afin d'évaluer ses compétences et l'adéquation entre le métier de concierge et ses limitations. Son comportement et son engagement étaient exemplaires, mais il n'a pas pu effectuer toutes les tâches en raison de ses limitations somatiques. Le travail était parfois très contraignant pour une personne seule, et le nettoyage des vitres, le ramassage des feuilles et le déblayage de la neige exigeaient une très bonne condition physique. L'assuré a ensuite suivi un programme informatique de base, mais les notions apprises étaient insuffisantes pour débiter un stage de façon autonome et il s'est découragé. Il a accompli un stage inter-ORIF dans la gestion du commerce de détail jusqu'au 2 novembre 2012, mais l'adéquation du poste semblait difficile car la station debout prolongée était nécessaire. Du 5 au 8 novembre 2012, lors d'un stage d'horloger, ses bonnes capacités d'apprentissage, sa rigueur et sa précision ont à nouveau été soulignées. En dépit des douleurs, l'assuré a pu réaliser les gestes professionnels et une activité devant un établi semblait favorable. Du 19 au 30 novembre 2012, il a rejoint un établissement médico-social où ses restrictions n'ont pas été une contrainte. En effet, ses douleurs ont été supportables et il a pu exécuter tous les travaux liés à la maintenance, étant précisé que le travail avait été moins physique car réalisé par trois personnes qui s'étaient partagé les tâches alors que la maintenance était normalement accomplie par une seule personne. En conclusion, le travail en individuel n'était pas conseillé, mais l'assuré pourrait intégrer une équipe de maintenance qui pourvoirait à ses limitations fonctionnelles. Une formation en informatique était préconisée.

Après trois mois d'activité à 100%, les observateurs estimaient qu'aucune position n'était satisfaisante car l'assuré devait sans cesse les alterner et avait parfois besoin de se coucher. Ils ont conclu qu'avec une formation adéquate en informatique, l'assuré aurait les aptitudes nécessaires pour évoluer dans les domaines de la gestion du commerce de détail ainsi que dans la maintenance des bâtiments. Ses compétences dans les métiers manuels, ses dispositions dans la gestion d'équipe,

son sens de l'organisation ainsi que son grand respect du travail et sa détermination à rejoindre rapidement le tissu économique étaient relevés.

31. Selon le rapport final de réadaptation professionnelle de l'OAI du 22 février 2013, le reclassement professionnel de l'assuré était terminé et l'activité d'agent de nettoyage parfaitement adaptée à ses problèmes de santé et en adéquation avec l'exigibilité médicale. La capacité de travail résiduelle était entière dans une activité n'impliquant pas des travaux de force ou des sollicitations répétées de son membre supérieur droit, ni le port de charges lourdes ou modérées de façon répétitive, ni le port de charge le bras au-dessus de l'horizontale.
32. Par arrêt du 31 janvier 2013 (4A\_529/2012), le Tribunal fédéral a annulé l'arrêt de la chambre de céans du 31 juillet 2012. Il a estimé que la chambre de céans ne pouvait pas appliquer l'art. 61 al. 2 LCA en se fondant exclusivement sur les conclusions médico-théoriques de la Dresse I\_\_\_\_\_, la loi ne permettant pas de réduire les prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique. Le juge devait procéder à une analyse concrète de la situation en se demandant, en fonction de l'âge de l'assuré et de l'état du marché du travail, quelles étaient ses chances réelles de trouver un emploi compte tenu de ses limitations fonctionnelles. Il lui appartenait également d'examiner si un tel changement d'activité pouvait réellement être exigé, compte tenu de la formation, de l'expérience et de l'âge de l'assuré. Enfin, la réduction de l'indemnité était exclue s'il n'était pas possible de limiter le préjudice par un changement d'activité professionnelle. Or, ni l'expertise de la Dresse I\_\_\_\_\_ ni l'arrêt déféré ne s'exprimaient sur les possibilités de gain offertes par la nouvelle profession exigible. La cause était donc renvoyée à la chambre de céans, pour qu'elle complète l'état de fait puis détermine si un changement d'activité pouvait raisonnablement être exigé du demandeur.
33. Par courrier du 20 février 2013, la chambre de céans a invité les parties à faire valoir d'éventuelles mesures d'instructions complémentaires et à se déterminer sur les questions suivantes :
  - quelle est l'activité exigible concrètement de l'assuré, compte tenu de ses limitations fonctionnelles ?
  - quel revenu l'assuré percevrait-il ?
  - quelles sont les chances réelles de l'assuré de trouver un tel emploi, compte tenu de son âge et de l'état du marché du travail ?
  - un changement d'activité est-il raisonnablement exigible de l'assuré, en fonction de son âge, de son expérience et de sa formation ?
34. La défenderesse s'est déterminée par courrier du 8 mars 2013. Elle estimait avoir déjà statué sur la base des critères énumérés par le Tribunal fédéral.

Les limitations fonctionnelles avaient été établies dès 2010 par les médecins traitants et les experts, et confirmées par l'assurance-invalidité. Les activités

---

exigibles étaient les professions de niveau 4 dans les secteurs de la production et des services selon l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ci-après ESS), et il appartenait à l'assurance-chômage ou à l'assurance-invalidité de les préciser. À cet égard, le rapport de l'ORIF démontrait que le demandeur avait pu effectuer sans problème des travaux de contrôle de marchandises, de livraison, et qu'une réorientation comme logisticien, aide-concierge ou nettoyeur en bâtiment lui avait été proposée. Les experts avaient en outre conclu à une pleine capacité de travail dans une activité de surveillance de chantier, et l'assuré avait continué à travailler pour le même employeur, ce qui démontrait que ses limitations fonctionnelles n'étaient pas suffisantes pour empêcher un changement d'activité.

La situation sur le marché du travail pour les activités précitées était bonne et l'âge du demandeur éloigné de la limite fixée par la jurisprudence. S'agissant de son expérience et de sa formation, il avait fait preuve d'une très bonne faculté d'adaptation, son employeur lui ayant rapidement confié le poste de responsable de chantier. Par ailleurs, il maîtrisait le français et s'était chargé de l'organisation des réunions. Il avait également travaillé comme serrurier-monteur et avait obtenu la naturalisation suisse. En définitive, un changement d'activité était raisonnablement exigible, ce dont témoignait la reprise intervenue en septembre 2011. Conformément à ses conditions générales, aucune indemnisation n'était due au-delà d'octobre 2011, faute de certificat d'incapacité de travail.

La défenderesse a requis la production des dossiers de l'assurance-chômage et de l'assurance-invalidité, ainsi qu'une description détaillée par l'employeur des tâches du demandeur.

À l'appui de ses écritures, la défenderesse a notamment joint son calcul du degré d'invalidité, dont il ressort un revenu sans invalidité de CHF 70'769.85 et un revenu d'invalidité de CHF 55'799.55 (ESS 2008, niveau 4, indexé jusqu'en 2011, capacité de travail de 100%, abattement de 10%), aboutissant à un degré d'invalidité de 21%.

35. Le demandeur s'est déterminé le 12 mars 2013, faisant valoir que l'activité concrètement exigible et adaptée à ses limitations était l'activité de surveillance de chantier qu'il exerçait déjà. Il souffrait toujours d'un problème acromio-claviculaire et une intervention chirurgicale n'était pas conseillée. Compte tenu de ses souffrances, il travaillait à 50% et touchait ainsi un revenu brut de CHF 2'532.80 et net de 1'617.90. Il ne bénéficiait d'aucune autre formation que maçon et vu son handicap, n'avait aucune chance de trouver un autre emploi. Il a requis l'audition du Dr D\_\_\_\_\_, médecin traitant, et de son employeur.

À l'appui de ses écritures, le demandeur a notamment joint :

- sa fiche de salaire de février 2013 ;
- un rapport du Dr J\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique, du 15 octobre 2012, selon lequel les suites de l'intervention chirurgicale du 18 mars 2011 n'avaient pas été sans problèmes. Le demandeur souffrait toujours de douleurs

à la mobilisation de l'épaule droite, malgré des infiltrations sans grand succès. Il a diagnostiqué un problème acromio-claviculaire sur post résection incomplète de la clavicule distale avec persistance d'un conflit du bord postérieur de l'acromion claviculaire de l'épaule droite. Il était possible d'opérer l'épaule droite, mais il déconseillait cette intervention au vu des chances de succès ;

- un rapport du Dr J\_\_\_\_\_ du 18 février 2013 adressé à l'OAI. Il attestait d'une incapacité de travail totale dès le 14 juillet 2012. L'assuré ne pouvait plus travailler avec les bras au-dessus de la tête, soulever et porter des charges de plus de 5kg, monter sur une échelle ou un échafaudage, et devait éviter les activités répétitives avec son épaule droite.

36. Par ordonnance du 21 mars 2013, la chambre de céans a ordonné l'apport du dossier de l'assuré auprès de l'assurance-invalidité.
37. Par écriture complémentaire du 4 avril 2013, la défenderesse a fait part de ses observations sur la détermination du demandeur. Les limitations fonctionnelles lui permettaient de travailler comme surveillant de chantier et il n'expliquait pas ce qui l'empêcherait de travailler à temps plein. Il prétendait n'avoir aucune chance de trouver un autre emploi mais rien ne prouvait qu'il avait accompli des démarches en ce sens. Enfin, le rapport médical du Dr J\_\_\_\_\_ faisait état d'une incapacité de travail dès le 14 juillet 2012 mais il n'avait transmis aucun certificat pour la période postérieure à octobre 2011.
38. La chambre de céans a convoqué les parties, l'employeur du demandeur et le Dr D\_\_\_\_\_ en vue d'une audience d'enquête et de comparution personnelle. Ce médecin s'est excusé.

Lors de l'audience du 22 mai 2013, l'employeur a déclaré avoir engagé le demandeur sept ou huit ans auparavant comme responsable de chantier pour un salaire horaire de CHF 31.-. Suite à des problèmes de santé, ce dernier avait repris son activité à 50%, sur la base d'un certificat médical, mais il n'était plus capable d'effectuer ses anciennes activités et devait se débrouiller. Le demandeur amenait les équipes au travail le matin, s'occupait ensuite de petits débarras, mais ne pouvait plus effectuer de travaux de carreleur. Il travaillait à mi-temps et son salaire n'avait pas été réduit. L'employeur ajoutait que la convention collective de travail du bâtiment empêchait de licencier des ouvriers en arrêt de maladie ou d'accident, de sorte qu'il ne pouvait résilier le contrat du demandeur, mais ses activités pour l'entreprise n'étaient pas rentables. Si ce dernier travaillait à mi-temps, c'était parce qu'il ne pouvait pas lui confier davantage de travaux légers. L'employeur n'avait pas réduit son salaire car cela était contraire à la convention collective. Sur question, il expliquait que comme sa société comptait quarante employés, il avait nécessairement besoin de quelqu'un pour amener les ouvriers sur les différents sites, mais le demandeur ne pouvait accomplir plus que des activités légères.

Le demandeur a exposé qu'il était âgé de presque 53 ans et avait effectué un stage du 13 août au 30 novembre 2012 en vue d'un reclassement par l'assurance-invalidité

comme homme d'entretien. Il avait ensuite repris son activité professionnelle à 50% dans son entreprise, qui ne l'avait jamais licencié, et n'avait pas encore reçu de décision à l'issue de ce stage. Dans une activité de nettoyage, il était incapable d'effectuer des travaux lourds tels que laver les vitres en hauteur. Il avait accompli son stage à plein temps auprès de l'ORIF, mais avait subi des incapacités de travail pour des infections au ventre. L'AI lui avait dit que soit il continuait le stage, soit ils interrompaient tout. Si la défenderesse déclarait ne pas avoir reçu de certificat médical, c'était parce qu'elle les avait refusés. Il avait tenté de continuer à les lui remettre le 6 décembre 2011, mais sans succès car pour la défenderesse, tout était terminé le 20 juin 2011. De même, il avait apporté à deux ou trois reprises les certificats médicaux à l'agence, mais la défenderesse les avait refusés, de sorte qu'il les déposerait dans le cadre de la procédure. Il relevait que même dans des activités d'entretien, il ne pourrait travailler à plein temps car il serait limité dans certains travaux.

La défenderesse a expliqué que son calcul du degré d'invalidité se fondait sur l'ESS et que même avec un abattement de 25%, la perte de gain ne donnait pas droit à la poursuite des indemnités. Elle se fondait sur les activités simples et répétitives mentionnées dans l'ESS et considérait que compte tenu de l'âge du demandeur, cette branche n'était pas la plus touchée par le chômage. Le demandeur ne souffrait pas d'une incapacité de travail totale dans toute profession, car ses limitations fonctionnelles se limitaient au port de charges lourdes et aux mouvements en hauteur.

À l'issue de l'audience, la chambre de céans a octroyé un délai au demandeur pour déposer ses certificats médicaux. Ce dernier a persisté à requérir l'audition du Dr D\_\_\_\_\_.

39. Le 31 mai 2013, le demandeur a adressé à la chambre de céans :
- un courrier de la défenderesse du 18 août 2011, dans lequel elle a indiqué que les indemnités journalières couraient jusqu'au 20 juin 2011, de sorte que tout certificat médical attestant d'une incapacité de travail au-delà de cette date ne pourrait être pris en compte ;
  - trois certificats du Service de chirurgie orthopédique ambulatoire des HUG, attestant d'une incapacité de travail totale pour cause de maladie du 20 juin au 31 août 2011. Le prochain entretien était fixé en octobre 2011 ;
  - divers certificats établis par la Dresse E\_\_\_\_\_, attestant d'une incapacité de travail à 100% pour cause de maladie dès le 2 mai 2011, à 50% dès le 5 septembre 2011, et d'une reprise totale du travail « selon l'évolution clinique ».
40. Par écriture complémentaire du 27 juin 2013, la défenderesse a transmis à la chambre de céans un projet de décision de l'OAI du 19 juin 2013, niant le droit du demandeur à une rente d'invalidité, au motif que son degré d'invalidité ne s'élevait qu'à 22%. Selon l'OAI, le demandeur était apte à exercer une activité d'agent d'entretien et rien ne l'empêchait d'exercer une activité plus légère que celle de

maçon. Il existait en outre un nombre suffisant d'activités non qualifiées immédiatement accessibles sans formation professionnelle. Les conclusions de l'OAI rejoignaient ainsi les siennes.

41. Par écriture complémentaire du 2 août 2013, le demandeur a rétorqué que les considérations médico-théoriques du SMR n'étaient d'aucun secours pour la défenderesse au regard de l'arrêt du Tribunal fédéral. L'assurance-invalidité s'était contredite en estimant que l'assuré avait besoin de mesures de réadaptation professionnelle avant de conclure qu'elles n'étaient pas nécessaires. La défenderesse se référait au rapport de l'ORIF mentionnant son aptitude à travailler comme agent d'entretien, mais le litige portait sur la question de savoir si un changement d'activité professionnelle était raisonnablement exigible entre juin 2010 et juin 2012. Or, la défenderesse n'avait pas prouvé que pendant cette période, il aurait concrètement pu changer d'activité, ses problèmes d'épaule limitant les professions de magasinier ou aide-concierge. En outre, l'assurance-invalidité avait conclu avec lui un contrat d'objectifs, de sorte qu'il ne pouvait pas concrètement changer de profession. L'accomplissement de ces objectifs était subordonné à une intervention chirurgicale, intervenue en juin 2011, qui n'avait pas réglé son handicap. Enfin, son employeur ne pouvait pas le licencier tant qu'il était en arrêt maladie, de sorte qu'il ne pouvait s'inscrire à l'assurance chômage sans risque de perdre son salaire et d'être pénalisé pour avoir démissionné. Partant, il n'avait pas violé son obligation de diminuer le dommage.
42. Par décision du 30 août 2013, l'OAI a confirmé le rejet de la demande de prestations de l'assuré.
43. Par écriture complémentaire du 25 octobre 2013, la défenderesse a relevé que les constatations du SMR n'étaient pas médico-théoriques mais fondées sur des stages. Il en résultait que l'assuré pouvait travailler sans limitation comme magasinier/logisticien ou comme concierge/intendant. Le salaire concret auquel il pouvait prétendre s'élevait mensuellement à CHF 3'904.-, selon le calculateur de salaires de l'Office fédéral de la statistique, les conventions collectives genevoises prescrivant en outre un salaire minimum de CHF 4'700.- pour les concierges. Les rapports de l'ORIF démontraient que le demandeur avait pu travailler à plein temps dans une équipe d'entretien et dans l'horlogerie, si bien qu'un changement de profession était exigible. Pour respecter son obligation de diminuer le dommage, le demandeur devait seulement trouver une activité rémunérée à hauteur de CHF 34'434.40 par année au moins, ce qu'il n'avait pas fait malgré le nombre suffisant d'activités adaptées. Il était choquant qu'un assuré francophone et capable d'exercer une activité adaptée refuse de retrouver un emploi et puisse bénéficier d'indemnités perte de gain. Enfin, le demandeur aurait pu s'inscrire au chômage sans risquer de pénalité.
44. Par arrêt incident du 27 juin 2014, la chambre de céans a suspendu la présente procédure jusqu'à réception de l'expertise du Dr K\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique, ordonnée dans la procédure AI.

45. Dans son rapport d'expertise daté du 26 mai 2014, le Dr K\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique, a retenu les diagnostics d'arthrose acromio-claviculaire de l'épaule droite, d'os acromial de type III à droite, instable, d'épaule gelée, de status après une rupture du biceps dans le courant de l'année 2010 à droite, de conflit sous-acromial persistant et invalidant, d'obésité, d'hémochromatose, de cure d'hémorroïdes en 2012, de cholécystectomie en 2003, de syndrome du canal carpien droit, de tumeur parathyroïdienne et de problèmes hépatiques en investigation aux HUG.

À l'examen clinique, le recourant présentait une asymétrie « frappante » des épaules occasionnées par une amyotrophie du trapèze droit. La mobilité de la nuque et des épaules était limitée et il y avait d'importantes contractures dans le trapèze gauche. La palpation de l'acromio-claviculaire et de l'acromion était très douloureuse du côté droit, et l'expert a relevé des signes cliniques de rupture du long chef du biceps à droite, avec un signe de Popeye positif. Le testing de la coiffe des rotateurs était difficile en raison de la limitation fonctionnelle. Tous les troubles relatifs à l'épaule droite étaient présents depuis juin 2010 et, depuis l'intervention de 2011, la situation était restée désespérément stable, avec une fatigabilité, la persistance des douleurs et des limitations fonctionnelles, soit la perte de l'usage du membre supérieur droit. Le membre supérieur droit était peu fonctionnel, en raison de la perte de plus de 50 % des amplitudes articulaires et de l'absence de force, en particulier lors de mouvements avec le coude éloigné du tronc. Le recourant avait beaucoup de difficulté à transporter des objets lourds, à effectuer des mouvements avec les bras à hauteur ou au-dessus des épaules, en particulier des mouvements répétitifs. Sa capacité de travail était de 50% au maximum dans l'activité habituelle, sans espoir d'amélioration, et de 100% dès maintenant dans une activité adaptée ne requérant qu'un usage modéré ou occasionnel du membre dominant, telle que huissier ou gardien de musée. L'expert s'est déclaré surpris que le recourant parvienne à exercer à 50% son activité de contremaître, activité qui avait certainement dû être aménagée par l'employeur. Il était possible de stabiliser l'os acromial, mais le succès d'une telle intervention n'était pas garanti, compte tenu de l'évolution chronique de la pathologie. Son pronostic était réservé car la situation était aggravée par les autres diagnostics. De même, compte tenu de l'âge et du niveau de formation du recourant, il n'était pas certain que ce dernier puisse retrouver une activité professionnelle à l'issue d'une réadaptation professionnelle.

46. Par écritures du 22 août 2014, le demandeur a maintenu ses conclusions en paiement. Son état de santé ne lui permettrait pas de retrouver une activité professionnelle, ce d'autant plus qu'il avait 54 ans et ne disposait d'aucune formation. Par ailleurs, en application des critères jurisprudentiels, on ne pouvait conclure qu'il avait aggravé le dommage.
47. Par écritures du 16 septembre 2014, la défenderesse a persisté dans ses conclusions en rejet. L'expertise judiciaire confirmait ses conclusions quant à une pleine capacité de travail dans une activité adaptée pouvant être exercée immédiatement.

En outre, la seule limitation mentionnée par le Dr K\_\_\_\_\_ concernait le transport d'objet lourd, qui n'était de toute manière pas exigible au-delà de 15 kg chez un assuré de 50 ans en vertu de la législation sur le travail. L'âge de l'assuré – 50 ans lors du refus de prestations supplémentaires – n'avait aucune incidence sur la capacité de travail à prendre en compte par l'assureur perte de gain. En définitive, l'assuré se devait de limiter son préjudice par un changement d'activité, ce qu'il n'avait même pas tenté de faire.

48. Sur quoi, la cause a été gardée juger.
49. Dans le cadre de la procédure AI, la chambre de céans, par arrêt du 14 janvier 2015 (ATAS/16/2015) entré en force, a annulé la décision de l'OAI du 30 août 2013 et lui a renvoyé la cause pour instruction complémentaire. Elle a considéré que le rapport du Dr K\_\_\_\_\_ devait se voir reconnaître pleine valeur probante. Par ailleurs, les conclusions du rapport final de réadaptation selon lesquelles l'activité d'agent d'entretien était « parfaitement » adaptée et en adéquation avec l'exigibilité médicale apparaissaient contestables, le recourant n'étant pas en mesure d'exercer ce métier de façon autonome. L'ORIF avait en outre considéré que le recourant pouvait travailler dans la maintenance des bâtiments ou la gestion du commerce de détail, toutefois moyennant une formation adéquate en informatique, de sorte que la défenderesse ne pouvait conclure qu'aucune formation n'était nécessaire. Il paraissait indispensable que le recourant, âgé de 54 ans, puisse bénéficier d'une nouvelle mesure d'orientation professionnelle afin de déterminer quelle activité serait effectivement compatible avec son état de santé.

### **EN DROIT**

1. La compétence de la chambre de céans et la recevabilité de la demande en paiement ont déjà été admises par arrêt du 31 juillet 2012. Il n'y a pas lieu d'y revenir.
2. Le litige porte sur l'octroi d'indemnités journalières au-delà du 20 juin 2011, date à laquelle la défenderesse a mis fin auxdites indemnités. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si un changement d'activité pouvait raisonnablement être exigé du demandeur.

En effet, la chambre de céans s'était fondée dans son arrêt du 31 juillet 2012 sur l'expertise de la Dresse I\_\_\_\_\_ pour conclure à la pleine capacité de travail du demandeur dans une activité adaptée depuis le 17 juin 2011. Un délai de trois mois, soit jusqu'au 30 septembre 2011, avait été jugé adéquat pour que le demandeur retrouve un emploi adapté à son état de santé. Postérieurement, il ne pouvait plus prétendre à l'indemnité journalière (ATAS 934/2012 du 31 juillet 2012, consid. 5s).

Statuant sur recours, le Tribunal fédéral a relevé toutefois que la Dresse I\_\_\_\_\_ s'était prononcée sur le plan médico-théorique ; l'art. 61 al. 2 LCA ne permettait cependant pas à l'assureur de réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique. Le juge devait procéder à une analyse

---

concrète de la situation et se demander, en fonction de l'âge de l'assuré et de l'état du marché du travail, quelles étaient ses chances réelles de trouver un emploi compte tenu de ses limitations fonctionnelles. Il lui appartenait également d'examiner si un tel changement d'activité pouvait réellement être exigé de lui, compte tenu de sa formation, de son expérience et de son âge. Enfin, la réduction de l'indemnité était exclue s'il n'était pas possible de limiter le préjudice par un changement d'activité. Or, ni l'expertise ni l'arrêt déféré ne s'exprimaient sur les possibilités de gain offertes par la nouvelle profession exigible. Le Tribunal fédéral a ainsi renvoyé la cause à la chambre de céans pour qu'elle complète l'état de fait puis détermine si un changement d'activité pouvait raisonnablement être exigé du demandeur (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_529/2012 du 31 janvier 2013, consid. 2 s).

3. a. La loi fédérale sur le contrat d'assurance ne comporte pas de dispositions particulières à l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie ou d'accident, de sorte qu'en principe, le droit aux prestations se détermine exclusivement d'après la convention des parties (ATF 133 III 185 consid. 2 p. 186).

b. Conformément à l'art. 1 des CGA PC-M, l'assureur accorde sa garantie pour les conséquences économiques d'une incapacité de travail résultant de la maladie. Par maladie, on entend toute atteinte involontaire à la santé physique ou mentale, 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 (art. 3 ch. 1 CGA PC-M). A teneur de l'art. 3 ch. 5 CGA PC-M, est réputée incapacité de travail 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.

L'indemnité journalière est versée à partir de 50 % d'incapacité de travail proportionnellement au degré de celle-ci (art. 6 contrat-cadre SG/SSE).

L'indemnité journalière s'élève à 80% du salaire et est versée pendant 720 jours dans une période de 900 jours, sous déduction du délai d'attente. Sont imputés sur cette durée les jours pendant lesquels les assurés ont perçu des indemnités journalières d'un éventuel assureur précédent (art. 4 et 7 contrat-cadre SG/SSE).

Au titre des obligations, 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 (art. 27 ch. 6 CGA PC-M).

Selon l'art. 12 ch. 19 CGA PC-M, dans les cas où l'on peut raisonnablement exiger de l'assuré qu'il exploite sa capacité de travail dans une profession ou une activité adaptée, l'assureur accepte de poursuivre l'indemnisant pendant une période transitoire comprise entre 3 et 5 mois, et ceci pour autant que l'assuré entreprenne

---

les démarches adéquates telles que recherches d'emplois, inscriptions à l'assurance chômage, dépôt d'une demande AI, etc. (art. 12 ch. 19 CGA PC-M) ; cf. ATF 129 V 460 consid. 4.2 p. 463). A l'issue de ce délai, le droit à l'indemnité journalière dépend de l'existence d'une perte de gain éventuelle imputable au risque assuré. Celle-ci se détermine par la différence entre le revenu qui pourrait être obtenu sans la survenance de l'éventualité assurée dans la profession exercée jusqu'ici et le revenu qui est obtenu ou pourrait raisonnablement être réalisé dans la nouvelle profession (ATF 114 V 281 consid. 3c in fine p. 286). La perte de gain chiffrée en pour cent donne ainsi le taux de l'incapacité de travail résiduelle.

4. 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).

Il a été jugé que l'art. 61 LCA, bien qu'il figure parmi les dispositions spéciales relatives à l'assurance contre les dommages, exprime un principe général du droit des assurances, qui s'applique également à l'assurance des personnes et aux assurances de sommes, notamment à l'assurance d'indemnités journalières (ATF 133 III 524 consid. 3.2.1; ATF 128 III 34 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 5C.18/2006 du 18 octobre 2006 consid. 7.1 publié in SJ 2007 I p. 238). L'obligation de réduire le dommage découlant de l'art. 61 LCA peut impliquer, dans le domaine de l'assurance des indemnités journalières, l'obligation pour l'assuré de changer d'activité professionnelle, si cela peut raisonnablement être exigé de lui (ATF 133 III 524 consid. 3.2.1 et les arrêts cités). L'assureur qui entend faire application de l'art. 61 al. 2 LCA doit inviter l'assuré à changer d'activité et lui impartir pour cela un délai d'adaptation approprié pour s'accommoder aux nouvelles conditions ainsi que pour trouver un emploi; en règle générale, un délai de trois à cinq mois doit être considéré comme adéquat (ATF 133 III 524 consid. 3.2.1 et les arrêts cités).

Le Tribunal fédéral a encore précisé que l'art. 61 al. 2 LCA ne permet pas à l'assureur de réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique, qui n'est concrètement pas réalisable. Il y a lieu de procéder à une analyse concrète de la situation et se demander, en fonction de l'âge de l'assuré et de l'état du marché du travail, quelles sont ses chances réelles de trouver un emploi qui tient compte de ses limitations fonctionnelles. Il faut également examiner en fonction de la formation, de l'expérience et de l'âge de l'assuré, si un tel changement d'activité peut réellement être exigé de lui. La réduction de l'indemnité est en outre exclue s'il n'est en réalité pas possible de réduire le dommage par un changement d'activité professionnelle, une personne raisonnable - non couverte par une assurance - placée dans la même situation n'envisageant à l'évidence pas de changer d'activité dans ces conditions. Il faut que cette nouvelle activité permette effectivement à l'assuré de réaliser un revenu supérieur à celui

qu'il peut encore obtenir en conservant son emploi. Une réduction de l'indemnité journalière au sens de l'art. 61 al. 2 LCA ne peut donc être admise lorsqu'elle se fonde exclusivement sur les conclusions d'une analyse médico-théorique (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_529/2012 du 31 janvier 2013 consid. 2.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_304/2012 du 14 novembre 2012 consid. 2.4).

Le Tribunal fédéral a par ailleurs rappelé qu'il incombe à l'assureur, qui n'entend pas indemniser la totalité du dommage subi par l'assuré, de prouver que celui-ci a violé son devoir de réduire le dommage, conformément à l'art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210). Il appartient ainsi à l'assureur de démontrer que les mesures tendant à diminuer le dommage, qui n'ont pas été prises par l'assuré, pouvaient raisonnablement être exigées de celui-ci (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_304/2012 du 14 novembre 2012 consid. 2.3).

5. Selon l'art. 21 al. 4 LPGA, applicable par analogie en matière d'assurance d'indemnités journalières (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_111/2010 du 12 juillet 2010 consid. 3.1), les prestations peuvent être réduites ou refusées temporairement ou définitivement si 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 capacité de gain. Une mise en demeure écrite l'avertissant des conséquences juridiques et lui impartissant un délai de réflexion convenable doit lui avoir été adressée. Les traitements et les mesures de réadaptation qui présentent un danger pour la vie ou pour la santé ne peuvent être exigés.
6. La procédure simplifiée s'applique aux litiges portant sur des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal (art. 243 al. 2 let. f CPC) et la Cour établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC). La jurisprudence applicable avant l'introduction du CPC, prévoyant l'application de la maxime inquisitoire sociale aux litiges relevant de l'assurance-maladie complémentaire, reste pleinement valable (ATF 127 III 421 consid. 2). Selon cette maxime, le juge doit établir d'office les faits, mais les parties sont tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Ce principe n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. Le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces; il est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuves sont complètes uniquement lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner leurs moyens de preuve et de les présenter. La maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaire l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a).

---

La maxime inquisitoire sociale ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve (ATF non publié 4C.185/2003 du 14 octobre 2003, consid. 2.1). Pour toutes les prétentions fondées sur le droit civil fédéral, l'art. 8 CC, en l'absence de règles contraires, répartit le fardeau de la preuve et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 133 III 323 consid. 4.1 non publié; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_491/2008 du 4 février 2009 consid. 3.1). En tant que règle sur le fardeau de la preuve, elle ne s'applique que si le juge, à l'issue de l'appréciation des preuves, ne parvient pas à se forger une conviction dans un sens positif ou négatif (ATF 132 III 626 consid. 3.4; ATF 128 III 271 consid. 2b/aa). Ainsi, lorsque l'appréciation des preuves le convainc de la réalité ou de l'inexistence d'un fait, la question de la répartition du fardeau de la preuve ne se pose plus (ATF 128 III 271 consid. 2b/aa).

7. Enfin, le principe de la libre appréciation des preuves s'applique lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des prestations en matière d'assurance sociale. Rien ne justifie de ne pas s'y référer également lorsque, comme en l'espèce, une prétention découlant d'une assurance complémentaire à l'assurance sociale est en jeu. Selon ce principe, le juge apprécie librement les preuves médicales qu'il a recueillies, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Le juge doit examiner objectivement tous les documents à disposition, quelle que soit leur provenance, puis décider s'ils permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. S'il existe des avis contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion plutôt que sur une autre (ATF 125 V 351 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_412/2010 du 27 septembre 2010 consid. 3.1).

Si l'administration ou 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).

8. En l'espèce, il ressort de l'expertise judiciaire réalisée par le Dr K\_\_\_\_\_ dans le cadre de la procédure en matière d'assurance-invalidité que la capacité de travail était de 50% au maximum dans l'activité habituelle, sans espoir d'amélioration, et de 100% dès maintenant dans une activité adaptée ne requérant qu'un usage modéré ou occasionnel du membre dominant, telle que huissier ou gardien de musée. Vu l'âge et le niveau de formation du recourant, il ne lui paraissait pas certain que ce dernier puisse retrouver une activité professionnelle à l'issue d'une réadaptation professionnelle.

---

La chambre de céans a déjà jugé que le rapport d'expertise du Dr K\_\_\_\_\_ devait se voir reconnaître pleine valeur probante (cf. ATAS/16/2015 du 14 janvier 2015, consid. 9). Il n'y a pas lieu de s'écarter sur ce point de la jurisprudence susmentionnée.

9. Il convient d'examiner, à la lumière des critères énumérés par le Tribunal fédéral, si un changement d'activité était raisonnablement exigible du demandeur et quelles étaient ses chances réelles de trouver un emploi.

a. Le demandeur, âgé de 50 ans en 2011 et de 51 ans en 2012, a effectué ses études primaires et secondaires au Kosovo, où il n'a pas accompli d'apprentissage ni de formation universitaire. Il parle le français mais ne sait pas l'écrire et le lit difficilement. Arrivé en Suisse en 1989, il a travaillé depuis lors et jusqu'en 2004 dans la construction métallique. En 2004-2005, il a travaillé auprès de l'entreprise B\_\_\_\_\_ SA comme contremaître, avant de subir une période de chômage puis d'être réengagé par cette entreprise en qualité de responsable de chantier et de maçon depuis septembre 2007. Il a subi un arrêt de travail depuis juin 2010 mais a repris son activité professionnelle à 50% du 5 septembre 2011 à ce jour (cf. rapport d'expertise du Dr K\_\_\_\_\_ du 26 mai 2014).

S'agissant des limitations fonctionnelles, le Dr K\_\_\_\_\_ a relevé une perte de plus de 50% des amplitudes articulaires du membre supérieur droit et une absence de force, notamment pour effectuer des mouvements avec le coude éloignés du tronc. Le demandeur souffre dès lors de difficultés importantes pour transporter des objets lourds et effectuer des mouvements avec les bras à hauteur ou au-dessus des épaules. Ces limitations sont corroborées par les médecins traitants (cf. notamment rapport du Dr J\_\_\_\_\_ du 18 février 2013).

Le demandeur a bénéficié de deux mesures d'orientation professionnelle auprès de l'ORIF. À l'issue de la première mesure intervenue du 7 au 25 février 2011, l'ORIF a suggéré de mettre en œuvre une nouvelle observation après l'opération chirurgicale prévue en mars 2011. Lors de la seconde mesure octroyée du 13 août au 2 décembre 2012, le demandeur a effectué des stages en tant qu'agent d'entretien, ébéniste et horloger, un stage inter-ORIF dans la gestion du commerce de détail, ainsi que des stages en entreprise comme concierge et dans un établissement médico-social. Après trois mois d'activité à 100%, les observateurs ont estimé qu'aucune position n'était satisfaisante, car l'assuré devait sans cesse les alterner et avait parfois besoin de se coucher. Ils ont conclu qu'avec une formation adéquate en informatique, ce dernier aurait les aptitudes nécessaires pour évoluer dans les domaines de la gestion du commerce de détail ainsi que dans la maintenance des bâtiments.

La chambre de céans estime que le faible degré de formation du demandeur et son expérience professionnelle limitée au domaine de la construction constituent des obstacles concrets à la recherche d'une activité professionnelle dans un autre domaine d'activité. En outre, ses limitations fonctionnelles restreignent

---

notablement le champ des professions dans lesquelles il pourrait se réorienter. Les rapports de l'ORIF démontrent en effet qu'en dépit de sa bonne volonté, ce dernier a souffert de douleurs importantes lors des divers stages effectués. Il a notamment été relevé que l'adéquation du poste de gestionnaire dans le commerce de détail avec les limitations était « difficile », tandis que celle d'agent d'entretien était « faible » pour la mobilité et le port de charges, étant précisé que le demandeur n'a pas été en mesure d'effectuer seul certains travaux. On ne peut donc suivre la défenderesse lorsqu'elle laisse entendre que le demandeur a pu sans autre effectuer des stages de logisticien, de concierge et d'horloger, ou lorsqu'elle soutient que celui-ci est « parfaitement apte » à travailler comme agent d'entretien, l'assuré n'étant pas capable d'effectuer cette activité sans l'aide de tiers. S'agissant de l'appréciation médico-théorique de la Dresse I\_\_\_\_\_ quant à l'exercice d'une activité de surveillance de chantier, elle n'est pas déterminante.

Dans le cadre de la procédure en matière d'assurance-invalidité, la chambre de céans a estimé que le choix de l'orientation professionnelle était difficilement compréhensible, de sorte qu'elle a renvoyé le dossier à l'administration afin que celle-ci détermine, notamment, quelle activité serait effectivement compatible avec l'état de santé (cf. ATAS/16/2015 du 14 janvier 2015, consid. 14). Comme les mesures d'orientation professionnelle n'ont jusqu'à présent pas permis de déterminer clairement quelle activité pourrait concrètement être exercée, on peut difficilement reprocher au demandeur d'avoir poursuivi son activité professionnelle à 50%. On peut en effet admettre qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, ne chercherait pas une nouvelle profession avant l'issue des mesures en question.

b. En l'occurrence, il apparaît que les indemnités journalières ont été versées dès le 6 juin 2010, à l'issue d'un délai de 2 jours à compter du début de l'incapacité de travail, le 4 juin 2010, et jusqu'au 20 juin 2011. L'éventuel droit aux 720 indemnités journalières se termine le 25 mai 2012 (du 6 juin au 31 décembre 2010 : 209 jours ; année 2011 : 365 jours et du 1er janvier au 25 mai 2012 : 146 jours).

La défenderesse a cessé le paiement des indemnités journalières le 21 juin 2011, de sorte que la période pendant laquelle celles-ci pouvaient encore être versées était d'environ 11 mois. Or, un tel délai était en tout état de cause insuffisant pour permettre au demandeur de se réorienter dans une nouvelle profession, puisqu'une formation de logisticien dure 18 mois et qu'une formation d'aide-concierge ou d'opérateur en horlogerie s'étend sur 2 ans, sans compter la formation en informatique préconisée par l'AI (cf. rapport de l'ORIF du 28 février 2011 ; <http://www.orientation.ch/dyn/1109.aspx?data=formation&id=789&highlighted=HORLOGERIE>).

Pour tous ces motifs, la chambre de céans retiendra qu'un changement de profession n'était pas raisonnablement exigible avant la fin du droit aux indemnités journalières, le 25 mai 2012. Les chances du demandeur de retrouver un emploi avant cette date peuvent en outre être considérées comme insignifiantes.

10. La défenderesse fait valoir que le demandeur a également violé son obligation de diminuer le dommage en s'abstenant de s'inscrire au chômage, ce que ce dernier conteste.

En premier lieu, la chambre de céans constate qu'aucune mise en demeure formelle n'a été adressée au demandeur. En effet, les courriers des 27 octobre 2010 et 22 juillet 2011 ne peuvent être qualifiés en ce sens, puisqu'ils informent l'assuré qu'il lui est « possible » de s'inscrire au chômage, sans toutefois lui impartir d'obligation ni l'avertir des conséquences juridiques d'un défaut d'inscription. Il en va de même du pli du 28 février 2011, invitant le demandeur à s'inscrire au chômage dès le 1<sup>er</sup> mars 2011, faute de lui fixer un délai convenable pour s'exécuter. Cette dernière missive doit en outre être considérée comme caduque, puisque la défenderesse a finalement versé les indemnités journalières au-delà du mois de mars.

Par ailleurs, la défenderesse ne rend pas vraisemblable qu'une inscription à l'assurance-chômage aurait diminué son dommage. En effet, si cette inscription était intervenue, on peut douter que l'assuré aurait été reconnu apte au placement compte tenu des mesures de réadaptation suivies, lesquelles n'ont pas permis d'établir clairement quelle activité il pourrait exercer.

Enfin, l'art. 8 du contrat-cadre SG/SSE stipule que si l'assuré a droit à des prestations d'assurances sociales (AI, LAPG, LACI, LAMal, LPP), les prestations obtenues ou exigibles par l'assuré auprès des assurances précitées sont déduites des prestations dues par la caisse. Or, selon la jurisprudence, la formule « a droit » implique sinon un versement effectif, au moins que le droit à une prestation soit reconnu. On ne peut pas tirer de cette expression que l'assuré devrait solliciter toutes les prestations qu'il pourrait peut-être obtenir et encore moins que l'assureur pourrait, sans qu'aucune démarche n'ait été faite auprès de l'assurance concernée, déduire le montant de prestations dont on ne sait pas en définitive si elles auraient été accordées (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_561/2012 du 23 janvier 2013, consid. 3). Pour le surplus, la défenderesse ne se prévaut pas, à juste titre, d'une quelconque violation de l'art. 156 CO.

Le grief tiré du défaut d'inscription à l'assurance-chômage sera donc écarté.

11. Enfin, la défenderesse soutient que le demandeur n'a droit à aucune indemnité journalière au-delà d'octobre 2011 car celui-ci ne lui a pas transmis les certificats d'incapacité de travail correspondants.

La défenderesse a informé l'assuré le 18 août 2011 que « [...] les indemnités journalières courent jusqu'au 20 juin 2011. Dans ce contexte, tout certificat médical attestant une incapacité de travail au-delà de cette date perd sa valeur probante et ne peut être pris en compte ».

Force est de constater que le comportement de la défenderesse est contraire à la bonne foi, dans la mesure où celle-ci se prévaut d'une disposition contractuelle conditionnant le versement des indemnités journalières à la présentation de

---

certificats d'incapacité de travail (art. 12 ch. 14 CGA PC-M) qu'elle a elle-même dissuadé de transmettre, voire même refusé. La disposition invoquée ne saurait ainsi faire obstacle au versement desdites indemnités (art. 156 CO).

12. Partant, la défenderesse doit être condamnée au paiement des indemnités journalières du 21 juin 2011 au 25 mai 2012.

Pour la période du 21 juin au 4 septembre 2011, l'indemnité journalière s'élève à CHF 155.11 (cf. ATAS/934/2012 du 31 juillet 2012, consid. 7), de sorte que le demandeur a droit au versement d'un montant de CHF 11'788.40 (76 jours x 155.11).

Pour la période du 5 septembre 2011 au 25 mai 2012, l'indemnité journalière est réduite à CHF 77.55 compte tenu de la reprise du travail à 50% auprès de l'ancien employeur. La défenderesse doit ainsi être condamnée au versement d'une somme de CHF 20'473.20 (264 jours x 77.55).

13. 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. La LCA ne contient toutefois pas de dispositions sur la demeure, laquelle est dès lors régie, en vertu de l'art. 100 al. 1 LCA, par les art. 102 ss CO. Le débiteur d'une obligation est en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO) ; lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour (art. 102 al. 2 CO). L'intérêt moratoire - de 5 % l'an (art. 104 al. 1 CO) - est dû à partir du jour suivant celui où le débiteur a reçu l'interpellation (ATF 103 II 102 consid. 1a) ou, en cas d'ouverture d'une action en justice, dès le lendemain du jour où la demande en justice a été notifiée au débiteur (ATF 98 II 23 consid. 7).

Au vu de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, on peut considérer que c'est dès le 27 août 2014, soit dès réception des rapports de l'ORIF et de l'expertise du Dr K\_\_\_\_\_, que la défenderesse a été en possession de tous les éléments lui permettant de se convaincre du droit de l'assuré à des indemnités journalières au-delà de juin 2011. Par ailleurs, c'est au plus tard lors de sa demande en paiement du 10 novembre 2011 que le demandeur a manifesté sa volonté de recevoir lesdites indemnités.

Partant, l'intérêt moratoire est dû quatre semaines après le 27 août 2014, soit dès le 24 septembre 2014.

14. Les cantons sont compétents pour fixer le tarif des frais comprenant les dépens (art. 96 CPC en relation avec l'art. 95 al. 3 let. b). A Genève, le règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RTFMC; RS E 1 05.10) détermine notamment le tarif des dépens, applicable aux affaires civiles contentieuses (art. 1 RTFMC).

Le demandeur, représenté par un conseil, obtient gain de cause, de sorte que la défenderesse est condamnée à lui verser une indemnité de CHF 5'800.- à titre de dépens, TVA et débours inclus (art. 106 al. 1 CPC; art. 20 à 26 de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 [LaCC; RS E 1 05]; art. 84 et 85 du RTFMC), vu la valeur litigieuse au-delà de 20'000 fr. et jusqu'à 40'000 francs. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 114 let. e CPC).

**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 CHF 11'788.40 plus intérêts à 5% l'an dès le 24 septembre 2014.
4. Condamne la défenderesse à payer au demandeur la somme de CHF 20'473.20 plus intérêts à 5% l'an dès le 24 septembre 2014.
5. Condamne la défenderesse à payer au demandeur une indemnité de CHF 5'800.- à titre de dépens, TVA et débours inclus.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile (Tribunal fédéral suisse, avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14), sans égard à sa valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b LTF). Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoqués comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDÉ

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