

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3470/2016

ATAS/901/2018

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 8 octobre 2018

6^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à CONCHES, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Catarina MONTEIRO
SANTOS

demandeur

contre

VAUDOISE GENERALE COMPAGNIE D'ASSURANCES SA,
sise Avenue de Cour 26, LAUSANNE

défenderesse

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente ; Maria-Esther SPEDALIERO et Christine WEBER-FUX, juges assesseurs.

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : le demandeur), né le _____ 1968, travaillait depuis le 30 avril 2007 comme chauffeur-livreur pour B_____ SA (ci-après : l'employeur), laquelle est assurée auprès de la Vaudoise générale compagnie d'assurances SA (ci-après : la défenderesse) pour une police d'assurance collective maladie perte de salaire soumise à la LCA.
2. Le 29 juin 2015, l'employeur a licencié le demandeur pour le 31 août 2015.
3. Le 14 juillet 2015, le demandeur s'est soumis à une arthro-IRM de la hanche gauche en raison d'une indication de pré-arthrose de la hanche gauche, suspicion de lésion du labrum gauche, qui a conclu à des signes d'arthrose coxo-fémorale gauche avec une chondropathie étendue, une désinsertion du labrum postéro-supérieur et une ostéophytose du pourtour de la tête fémorale.
4. Le 20 juillet 2015, le demandeur s'est soumis à une arthro-IRM de la hanche droite en raison d'une indication d'arthrose de la hanche gauche, possible lésion labrale droite. Le rapport conclut comme suit : « arguments arthro-IRM en faveur de remaniements dégénératifs débutants coxo-fémoraux, se caractérisant par une chondropathie et une déchirure labrale antéro-supérieure ainsi qu'à des formations géodiques sous-chondrales du sourcil cotyloïdien ».
5. Le 14 août 2015, le Docteur C_____, FMH chirurgie orthopédique, a attesté d'une incapacité de travail totale du demandeur depuis le 10 août 2015, renouvelée les 25 août 2015, 4 septembre 2015, 28 septembre 2015, 29 octobre 2015, 12 novembre 2015, 26 novembre 2015, 21 décembre 2015, 1^{er} février 2016, 3 mars 2016, 7 avril 2016, 9 mai 2016, 13 juin 2016, 5 septembre 2016, 12 septembre 2016, 4 novembre 2016, 17 novembre 2016, 24 novembre 2016 et 19 décembre 2016.
6. Le 21 août 2015, l'employeur a rempli une déclaration de maladie-assurance perte de salaire pour la défenderesse en indiquant une maladie depuis le 10 août 2015.
7. Le 27 août 2015, le demandeur a subi une intervention chirurgicale effectuée par le Dr C_____, soit une arthroscopie opératoire de la hanche gauche et résection du flap / bourrelet replié du labrum postéro-supérieur de la hanche gauche. Le diagnostic pré-opératoire était celui de coxarthrose de la hanche gauche avec suspicion de lésion du labrum supéro-postérieur.
8. Le 17 septembre 2015, la défenderesse a pris le cas en charge et versé une indemnité journalière depuis le 24 août 2015 (délai d'attente de quatorze jours).
9. Le 13 novembre 2015, le demandeur a subi une intervention chirurgicale à la hanche droite, soit une arthroscopie opératoire de la hanche droite, shaving chondroplastie de la tête fémorale et résection de la lésion déchirée du labrum antérieur et antéro-latéral au shaver. Le diagnostic pré-opératoire était celui de pré-arthrose hanche droite avec lésion du labrum supéro-externe.

10. Le 25 janvier 2016, le Dr C_____ a estimé que l'évolution était lentement favorable et que le demandeur devait trouver un travail adapté à son handicap, sans port de charge et sans marche.
11. Le 25 janvier 2016, la défenderesse a annoncé le cas à l'OAI.
12. Un entretien a eu lieu entre un représentant de la défenderesse et le demandeur le 26 janvier 2016. Le demandeur déclarait pouvoir conduire mais pas porter de charges et il faisait de la physiothérapie.
13. Le 4 février 2016, le Docteur D_____, FMH médecine interne, médecin-conseil de la défenderesse, a estimé qu'une activité adaptée (sans port de charge répétitif, sans position contraignante, sans marche dans un terrain irrégulier) était exigible à 100 %.
14. Le 18 février 2016, l'employeur a informé que le délai de congé avait été suspendu en raison de l'incapacité de travail et que le contrat de travail prendrait fin le 29 février 2017.
15. Le 19 février 2016, la défenderesse a informé le demandeur que les prestations continueraient d'être versées jusqu'à la fin de l'incapacité de travail en cours.
16. Le 22 février 2016, la défenderesse a écrit au demandeur ce qui suit : « Notre médecin-conseil a estimé sur la base des éléments médicaux communiqués par le Dr C_____ que vous aviez une capacité de travail de 100 % dans une activité professionnelle adaptée à votre handicap. Aussi, nous vous reconnaissons une pleine capacité de travail dès le 1^{er} mai 2016 pour autant que des certificats médicaux nous parviennent chaque mois. Nous vous conseillons par ailleurs de vous inscrire auprès de l'assurance-chômage dès le 1^{er} mai 2016 ».
17. Le 7 avril 2016, le Dr C_____ a rempli un rapport médical AI attestant de coxarthrose gauche et de pré-arthrose hanche droite, avec un pronostic moyen et une incapacité de travail totale ; le demandeur ne pouvait pas rester debout ou marcher d'une manière prolongée ; le travail de chauffeur-livreur n'était pas possible ; une activité adaptée au handicap était possible depuis maintenant (travail sédentaire, assis, chauffeur).
18. Le 18 avril 2016, le Dr C_____ a écrit au Docteur E_____, FMH chirurgie orthopédique, médecin-conseil de la défenderesse, en relevant que le demandeur présentait une coxarthrose bilatérale, plus importante à gauche qu'à droite, s/p arthroscopie / débridement des lésions du labrum des deux hanches avec un arrêt de travail toujours à 100 % depuis le 10 août 2015. Actuellement, la situation s'était clairement améliorée au niveau de sa hanche droite. Par contre, il souffrait tout de même régulièrement de sa hanche gauche avec une évolution moyennement favorable à ce niveau-ci. Il était bien possible que les douleurs au niveau de cette hanche gauche deviennent trop importantes et que d'ici quelques mois une prothèse totale de celle-ci doive être envisagée. Pour l'instant, bien évidemment, le patient ne pouvait pas reprendre son travail dans son ancien métier de chauffeur / livreur,

ni même dans une activité adaptée jusqu'à la mise en place d'une prothèse totale au niveau de sa hanche gauche.

19. Le 19 avril 2016, le demandeur a subi une infiltration sous scopie de la hanche gauche.
20. Le 21 avril 2016, le demandeur a écrit à la défenderesse qu'il s'opposait à l'avis de son médecin-conseil et a requis la continuation du versement des prestations, en se fondant sur l'avis du Dr C_____.
21. Le 12 mai 2016, le Docteur D_____ a écrit au Dr C_____ qu'il maintenait sa position car il lui était difficile de comprendre qu'il n'existait aucune capacité de travail dans une activité adaptée.
22. Le 13 mai 2016, la défenderesse a maintenu sa position.
23. Le 8 juin 2016, le demandeur, représenté par une avocate, a fait opposition à la décision de la défenderesse du 13 mai 2016.
24. Le 5 juillet 2016, le demandeur a écrit à la défenderesse que son état n'était pas stabilisé car il devait être prochainement opéré et que le médecin-conseil n'avait pas motivé la capacité de travail retenue de sorte que, conformément à l'avis du Dr C_____, il convenait de reprendre le versement des prestations.
25. Un rappel a été envoyé à la défenderesse les 5 et 31 août 2016.
26. A la demande de la défenderesse, le Dr C_____ a indiqué le 22 août 2016 qu'il avait posé un diagnostic de coxarthrose bilatérale, qu'il existait une décompensation à gauche et qu'une prothèse totale de la hanche gauche était prévue en septembre / octobre 2016.
27. Le 6 septembre 2016, le Dr E_____ a estimé que la prise de position de la défenderesse devait être maintenue et que l'opération devait être repoussée autant que possible.
28. Les 7 et 22 septembre 2016, la défenderesse a confirmé sa position.
29. Le 12 septembre 2016, le demandeur a requis une décision formelle.
30. Le 21 septembre 2016, le Dr E_____ a rendu un avis selon lequel dans une activité sédentaire, la capacité de travail était complète, de l'aveu même du Dr C_____ (rapport à l'OAI du 7 avril 2016); le Dr C_____ n'expliquait pas en quoi consistait la décompensation de la hanche gauche et la situation n'évoluait pas depuis six mois au moins de sorte que l'exigibilité d'une activité adaptée dès le 1^{er} mai 2016 devait être confirmée.
31. Le 12 octobre 2016, le demandeur, représenté par son avocate, a déposé auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice une demande en paiement à l'encontre de la défenderesse, concluant au versement de l'indemnité journalière du 1^{er} mai au 12 octobre 2016, qu'il a chiffrée à CHF 19'998.- avec intérêts ainsi

que d'une indemnité au titre de réparation de son préjudice moral et financier de CHF 10'000.-.

Le médecin-conseil de la défenderesse ne l'avait pas examiné ; le Dr C_____ avait clairement dit qu'il ne pouvait pas reprendre une activité adaptée (rapport du 18 avril 2016). Il avait subi un préjudice moral car il n'avait plus pu subvenir aux besoins de sa famille et la défenderesse avait traité son dossier avec légèreté, ce qui justifiait une telle indemnité.

32. Le 11 novembre 2016, l'assuré a subi une intervention chirurgicale, soit la pose d'une prothèse totale de la hanche gauche.
33. Le 1^{er} janvier 2017, la défenderesse a conclu au rejet de la demande en relevant que le rapport du Dr C_____ du 18 avril 2016 affirmant l'impossibilité pour le demandeur de reprendre une activité adaptée n'était pas crédible car le 7 avril 2016 il avait mentionné, dans un rapport AI, qu'une activité adaptée au handicap était possible depuis maintenant (travail sédentaire, assis, chauffeur). Les avis des Drs D_____ et E_____ primaient sur la position du médecin traitant ; la prise de position du médecin traitant étant contradictoire, une expertise paraissait nécessaire.
34. Le 26 janvier 2017, le demandeur a répliqué en disant qu'il ne s'opposait pas à une expertise orthopédique, laquelle aurait toutefois dû être ordonnée par la défenderesse antérieurement.
35. Une échographie inguinale a été pratiquée le 31 janvier 2017 et une échographie de la hanche gauche le 21 mars 2017.
36. Le 21 avril 2017, le demandeur a écrit à la chambre de céans pour connaître la suite de la procédure.
37. Le 27 avril 2017, la chambre de céans a fixé un délai au 12 mai 2017 aux parties pour proposer des noms d'experts ainsi qu'une liste de questions.
38. Le 11 mai 2017, la défenderesse a proposé les Docteurs F_____, G_____ et H_____ et proposé des questions.
39. Dans le délai prolongé au 31 mai 2017, le demandeur a proposé les Docteurs I_____, J_____, K_____, L_____ et M_____ ainsi qu'une liste de questions : il a observé que les Drs H_____, G_____ et F_____ travaillaient tous pour le groupe de cliniques privées Hirslanden, comme le Dr K_____, mais n'étaient pas des spécialistes prothétiques.
40. Le 6 juillet 2017, la chambre de céans a informé les parties qu'elle entendait confier une expertise au Docteur N_____, FMH chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil locomoteur, rue O_____ 1, à Genève et leur a imparti un délai pour se prononcer sur une éventuelle récusation de l'expert et sur les questions libellées dans la mission d'expertise annexée.

41. Les 10 et 14 juillet 2017, la défenderesse et le demandeur ont respectivement indiqué qu'ils n'avaient pas de motif de récusation à faire valoir ni d'autres questions à poser à l'expert.
42. Une scintigraphie osseuse avec SPECT/CT a été pratiquée le 28 juillet 2017 concluant à des signes compatibles avec un descellement de la prothèse gauche.
43. Par ordonnance du 2 août 2017 (ATAS/665/2017), la chambre de céans a confié une expertise orthopédique au Dr N_____.
44. Le 20 décembre 2017, le Dr N_____ a rendu son rapport d'expertise.

L'assuré se plaignait de douleurs majoritairement au niveau de la hanche gauche, de l'impossibilité de rester assis ou debout plus de dix minutes, de la nécessité de marcher avec des cannes, de difficultés à se mouvoir et de perte d'autonomie. Lors de l'examen clinique, il existait des douleurs à la mobilisation de la hanche gauche, à la palpation du grand trochanter et du rachis lombaire ; la radiographie du 20 juillet 2017 montrait une image compatible avec un descellement de la prothèse, lequel engendrait une instabilité mécanique suivie de douleurs. Le bilan (SPECT-CT du 28 juillet 2017, ponction de la hanche gauche du 28 septembre 2017, culture du liquide de ponction du 5 octobre 2017, IRM du bassin du 24 octobre 2017) évoquait un descellement de la cupule au niveau du cotyle et ce descellement pouvait expliquer la présence des douleurs au niveau de la hanche gauche.

Le diagnostic actuel était un descellement de la prothèse de la hanche gauche ; le 27 août 2015 avait été posé un diagnostic de coxarthrose avec une éburnation de l'os et des lésions au niveau labral ; les clichés radiologiques de 2011 montraient déjà un état pré-arthrosique ; il existait aussi un diagnostic d'arthrose de la hanche droite.

Un bilan était en cours aux HUG et si le descellement se confirmait, une révision de la prothèse, avec son changement complet, serait effectuée.

Les limitations fonctionnelles concernaient le port de charge, le maintien d'une station debout prolongée et des atteintes polyarticulaires ; les articulations engendrant des limitations fonctionnelles étaient les suivantes, dans l'ordre de la plus causale : hanche gauche, hanche droite, pouce gauche (l'assuré avait subi une entorse du pouce gauche dont le traitement avait été suspendu en raison de problèmes aux hanches), rachis lombaire, épaules ; il y avait une symptomatologie douloureuse au niveau de la colonne lombaire avec des épisodes de paresthésies au niveau du membre inférieur gauche, des douleurs à l'épaule, au genou gauche, aux deux poignets et aux doigts.

Une activité adaptée (travail de bureau) était possible environ deux à trois mois après l'arthroscopie de la hanche droite, sous forme d'une formation dans une nouvelle profession. L'état de santé de l'assuré ne s'était pas amélioré depuis le 1^{er} mai 2016 ; on retrouvait sur les clichés radiologiques de 2017 un liseré autour de la prothèse totale de hanche et un changement de prothèse était discuté ;

l'incapacité de travail était totale depuis le 10 août 2015 et justifiée jusqu'à février 2016 en raison de deux arthroscopies d'août et novembre 2015 ; entre février 2016 et novembre 2016, date de la mise en place de la prothèse totale de la hanche gauche, les douleurs étaient réapparues et s'étaient exacerbées, un traitement conservateur ayant été mis en place mais l'augmentation des douleurs et les signes radiologiques d'arthrose avaient mené au choix de la pose de la prothèse de la hanche gauche ; en présence de symptômes d'arthrose, on protégeait l'articulation de toute sollicitation excessive, ce qui impliquait, selon les professionnels, une baisse voire un arrêt d'activité ; la reprise du travail n'aurait à son sens pas pu être exigée entre la deuxième arthroscopie et la pose de la prothèse.

Quant à une activité adaptée, elle aurait pu être une solution mais le traitement définitif n'avait pas encore eu lieu, de sorte que l'on pouvait se demander si une reconversion pour une durée de neuf mois aurait eu un sens, ce d'autant que l'assuré n'avait pas de formation et n'avait exercé qu'une activité de livreur / coursier.

Après la pose de la prothèse, une activité pouvait en principe être reprise deux à six mois plus tard, en fonction du genre d'activité. En l'occurrence, le traitement conservateur n'avait pas permis d'améliorer la situation et la révision chirurgicale était probablement l'ultime traitement si le descellement était confirmé ; une reconversion dans un travail sédentaire était à envisager.

Il n'était pas exclu qu'une prothèse de la hanche droite doive être posée et l'assuré présentait toujours des polyarthralgies qui se maintiendront. Il constatait que les appréciations des médecins-conseil quant à une reprise de travail de l'assuré, s'étaient fondées uniquement sur un rapport du Dr C_____ qui mentionnait une reprise possible dans une activité adaptée, sans examen de l'assuré par les médecins-conseil.

45. Le 2 février 2018, la défenderesse a observé que selon l'expert, une capacité de travail dans une activité adaptée était possible (sans port de charges et sans devoir monter et descendre du pont d'une camionnette) dès mi-janvier ou mi-février 2016 ; l'expert devait se prononcer sur le taux de capacité de travail et les limitations de rendement et indiquer la date exacte de la pose de la prothèse de la hanche gauche.
46. Le 16 février 2018, le demandeur a observé que l'expert indiquait que son état de santé ne s'était pas amélioré depuis mai 2016 et a conclu qu'il était en incapacité de travail totale dans toute activité, une reconversion étant à envisager après le règlement du problème de la hanche gauche.
47. A la demande de la chambre de céans, le Dr N_____ a rendu un complément d'expertise le 14 mars 2018.

Un arrêt de travail de trois mois depuis le 13 novembre 2015 était justifié en raison des suites de l'arthroscopie de la hanche droite mais la hanche gauche présentait aussi des signes d'arthrose ; après trois mois, le demandeur pouvait reprendre une activité de type travail de bureau ; la douleur de la hanche gauche avait évolué

graduellement ; après la pose de la prothèse de la hanche gauche, compte tenu de l'activité du demandeur, qui impliquait des sollicitations mécaniques, il était plutôt proposé une reprise du travail après six mois ; pour une personne qui travaillait dans un bureau, une reprise de travail pouvait être ordonnée après six semaines.

48. Le 7 mai 2018, la défenderesse a observé qu'une activité adaptée ne se réduisait pas seulement à une activité de bureau et qu'il convenait de demander à l'expert si la prothèse de hanche gauche s'était finalement descellée afin de pouvoir apprécier la capacité de travail de l'assuré suite à l'intervention du 11 novembre 2016.
49. Le 30 mai 2018, le demandeur a observé que selon l'expert, une reprise de travail n'était possible que dans le cadre d'une activité de bureau, ce qui n'était pas son cas, que son état de santé n'avait cessé de se péjorer et qu'il persistait dans ses conclusions.
50. A la demande de la chambre de céans, le demandeur a indiqué le 2 juillet 2018 que le descellement de la prothèse de la hanche gauche avait été confirmé et qu'elle avait dû être changée. Il a communiqué :
 - Un rapport d'IRM du bassin du 24 octobre 2017 concluant à des signes de descellement de la pièce acétabulaire gauche et épanchement coxofémorale gauche modérée communiquant avec la bourse trochantérienne.
 - Un rapport de la Docteur P_____, FMH orthopédie, du 30 novembre 2017 relevant que le demandeur avait bénéficié d'une arthroplastie totale de la hanche gauche le 11 novembre 2016 et que depuis lors, il présentait des douleurs lombaires basses et dans la zone latérale et inguinale de la hanche gauche. Ces douleurs étaient très invalidantes puisqu'elles apparaissaient après dix minutes de position assise et dix minutes de position debout et à la charge, motivant la prise d'une canne et un traitement antalgique par Zalidar, Arthrotec et Lyrica. Le demandeur signalait également que les lombalgies qui étaient présentes déjà avant l'intervention avaient été aggravées depuis la chirurgie. Il avait consulté le Docteur Q_____ avec trois infiltrations du rachis sans nette amélioration. L'examen clinique avait pu démontrer un Tredelenburg positif, une boiterie de Tredelenburg, un trochanter sensible à gauche, l'absence de limitation de la mobilité de la hanche droite mais une douleur en flexion et rotation interne à la hanche gauche. Bien que les amplitudes aient été conservées, toute mobilisation était douloureuse. Le bilan radiologique avait fait suspecter une non intégration de l'implant cotyloïdien et l'échographie avait confirmé une lésion partielle du moyen fessier. Le demandeur avait été adressé pour un complément de SPECT-CT confirmant le descellement de la cupule et il avait été adressé au service d'orthopédie des HUG pour changement de cette prothèse qui aurait lieu le 11 janvier 2018.
 - Un certificat d'arrêt de travail total du 11 janvier au 11 mars 2018 des HUG.
 - Une feuille de transmission / transfert du 26 janvier 2018 des HUG attestant d'une rééducation post-changement PTH gauche le 11 janvier 2018.

51. Le 17 août 2018, la défenderesse a maintenu sa position quant à la capacité de travail du demandeur du 1^{er} mai au 10 novembre 2016 et relevé que les suites de l'intervention du 11 novembre 2016 n'étaient pas à sa charge, eu égard à l'art. 12.4 de ses conditions générales d'assurance, relatives à l'assurance-maladie collective perte de salaire, édition du 1^{er} mai 2009 (ci-après : CGA).
52. Le 19 septembre 2018, le demandeur a persisté dans ses conclusions.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 7 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272) et à l'art. 134 al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la LAMal, relevant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (loi sur le contrat d'assurance, LCA - RS 221.229.1).

En l'occurrence, le litige relève du contrat d'assurance maladie collective perte de salaire soumis à la LCA. La compétence de la chambre de céans à raison de la matière pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Selon l'art. 23 des CGA, la défenderesse reconnaît la compétence des tribunaux du domicile suisse du preneur d'assurance, de l'assuré ou de l'ayant droit.

Le demandeur ayant son domicile dans le canton de Genève, la chambre de céans est aussi compétente à raison du lieu pour connaître de la présente demande.

3. Les litiges relatifs aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie ne sont pas soumis à la procédure de conciliation préalable de l'art. 197 CPC lorsque les cantons ont prévu une instance cantonale unique selon l'art. 7 CPC (ATF 138 III 558 consid. 4.5 et 4.6; ATAS/577/2011 du 31 mai 2011), étant précisé que le législateur genevois a fait usage de cette possibilité (art. 134 al. 1 let. c LOJ).
4. S'agissant de l'objet du litige, le demandeur conclut à l'octroi d'une indemnité perte de gain du 1^{er} mai au 12 octobre 2016, ainsi qu'une indemnité pour tort moral. Le litige est ainsi limité, d'une part, à la question de savoir si le demandeur a présenté, au cours de cette période, une incapacité de travail donnant droit à l'indemnité journalière de la défenderesse, étant constaté que le demandeur n'a pas, postérieurement au dépôt de sa demande, amplifié ses conclusions, d'autre part, à la question du droit à l'indemnité pour tort moral.
5. Aux termes de la police d'assurance collective maladie perte de salaire de la défenderesse (n° 0043451935630), les employés bénéficient d'une indemnité journalière à concurrence de 80 % du salaire, payable dès le 15^{ème} jour, pour une durée de 730 jours par cas.

Est incapable de travailler la personne qui, en raison d'une maladie, ne peut exercer son activité professionnelle habituelle, ou, si l'incapacité dure un certain temps,

reste dans l'impossibilité d'exercer toute autre activité raisonnablement exigible eu égard à son état de santé et à ses aptitudes (art. 2.1 CGA). Les prestations sont versées dès l'expiration du délai d'attente, pour toute incapacité de travail de 25 % au moins, proportionnellement au degré de l'incapacité de travail attestée (art. 8.1 CGA). L'allocation journalière est déterminée en fonction du salaire cotisant pour l'assurance-vieillesse et survivants, majorée des allocations familiales, que l'assuré a reçues dans l'entreprise déclarée au moment de la survenance de l'incapacité de travail, y compris les éléments de salaire non encore perçus et auxquels il a droit. Ce salaire est converti en gain annuel et divisé par 365 (art. 11.1 CGA). L'allocation journalière est due pour tous les jours, y compris les dimanches et jours fériés (art. 11.3 CGA). Pour le calcul de la durée des prestations, le taux d'incapacité de travail partielle d'au moins 25 % compte comme jour entier (art. 12.1 CGA dernière phrase). Pour les personnes qui n'ont pas encore atteint l'âge de l'assurance-vieillesse et qui sont en incapacité de travail au moment où elles quittent l'entreprise assurée, le droit aux prestations pour la maladie en cours est maintenu jusqu'à l'épuisement de la durée maximale des prestations, à condition que l'incapacité de travail persiste de manière ininterrompue. Les prestations sont alors limitées au degré d'incapacité de travail existant lorsque l'assuré quitte le cercle des personnes assurées (art. 12.4 CGA). L'incapacité de travail doit être dûment attestée par un médecin (art. 8.3 CGA), mais la défenderesse a le droit de contrôler ou de faire contrôler le bien-fondé de l'incapacité de travail par les moyens qu'elle juge utiles, dans le respect de la sphère personnelle de l'assuré (art. 20.6 CGA). Elle peut aussi faire examiner, à ses frais, l'assuré par un médecin de son choix. L'assuré perd son droit aux prestations s'il ne se soumet pas à un tel examen (art. 20.7 CGA).

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 chambre de céans 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 25 III 231 consid. 4a).

7. La maxime inquisitoire sociale ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve (arrêt du Tribunal fédéral 4C.185/2003 du 14 octobre 2003 consid. 2.1). Pour toutes les prétentions fondées sur le droit civil fédéral, l'art. 8 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (CC; RS 210), 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; ATF 130 III 321 consid. 3.1; ATF 129 III 18 consid. 2.6; ATF 127 III 519 consid. 2a). Cette disposition ne prescrit cependant pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées (cf. ATF 122 III 219 consid. 3c; ATF 119 III 60 consid. 2c). Elle n'empêche pas le juge de refuser une mesure probatoire par une appréciation anticipée des preuves (ATF 121 V 150 consid. 5a). L'art. 8 CC ne dicte pas comment le juge peut forger sa conviction (ATF 122 III 219 consid. 3c; ATF 119 III 60 consid. 2c; ATF 118 II 142 consid. 3a). En tant que règle sur le fardeau de la preuve, il 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 et 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).
8. En vertu de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. En conséquence, la partie qui fait valoir un droit doit prouver les faits fondant ce dernier, tandis que le fardeau de la preuve relatif aux faits supprimant le droit, respectivement l'empêchant, incombe à la partie qui affirme la perte du droit ou qui conteste son existence ou son étendue. Cette règle de base peut être remplacée par des dispositions légales de fardeau de la preuve divergentes et doit être concrétisée dans des cas particuliers (ATF 128 III 271 consid. 2a/aa avec références). Ces principes sont également applicables dans le domaine du contrat d'assurance (ATF 130 III 321 consid. 3.1).

En principe, un fait est tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la vérité d'une allégation. La loi, la doctrine et la jurisprudence ont apporté des exceptions à cette règle d'appréciation des preuves. L'allègement de la preuve est alors justifié par un « état de nécessité en matière de preuve » (Beweisnot), qui se rencontre lorsque, par la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée, en particulier si les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices (ATF 132 III 715 consid. 3.1; ATF 130 III 321 consid. 3.2). Tel peut être le cas de la survenance d'un sinistre en matière d'assurance-vol (ATF 130 III 321 consid. 3.2) ou de l'existence d'un lien de causalité naturelle, respectivement hypothétique (ATF 132 III 715 consid. 3.2). Le degré de preuve requis se limite alors à la vraisemblance prépondérante (die

überwiegende Wahrscheinlichkeit), qui est soumise à des exigences plus élevées que la simple vraisemblance (die Glaubhaftmachung). La vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ou hypothèses envisageables ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 133 III 81 consid. 4.2.2; ATF 132 III 715 consid. 3.1; ATF 130 III 321 consid. 3.3).

En vertu de l'art. 8 CC, la partie qui n'a pas la charge de la preuve a le droit d'apporter une contre-preuve. Elle cherchera ainsi à démontrer des circonstances propres à faire naître chez le juge des doutes sérieux sur l'exactitude des allégations formant l'objet de la preuve principale. Pour que la contre-preuve aboutisse, il suffit que la preuve principale soit ébranlée, de sorte que les allégations principales n'apparaissent plus comme les plus vraisemblables (ATF 130 III 321 consid. 3.4). Le juge doit procéder à une appréciation d'ensemble des éléments qui lui sont apportés et dire s'il retient qu'une vraisemblance prépondérante a été établie (ATF 130 III 321 consid. 3.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A_61/2011 du 26 avril 2011 consid. 2.1.1).

9. En présence de rapports médicaux contradictoires, le juge ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. L'élément déterminant pour la valeur probante d'un rapport médical n'est ni son origine, ni sa désignation, mais son contenu. Ce qui compte à cet égard, c'est 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. En ce qui concerne les rapports établis par le médecin traitant de l'assuré, le juge prendra en considération le fait que celui-ci peut être enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qu'ils ont nouée (ATF 125 V 351 consid. 3 p. 352 ss; arrêt 4A_318/201 du 3 août 2016 consid. 6.1).
10. Selon l'art. 61 LCA, l'ayant droit est obligé, lors d'un sinistre, de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage (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 l'assurance des indemnités journalières, l'obligation de réduire le dommage peut impliquer le devoir pour l'assuré de changer d'activité professionnelle, si cela peut être raisonnablement exigé de lui et permet de réduire son incapacité de travail. L'assureur qui entend faire application de la possibilité de réduire l'indemnité doit inviter l'assuré à changer d'activité et lui impartir pour ce faire un délai d'adaptation approprié; en règle générale, un délai de trois à cinq mois doit être considéré comme adéquat. L'analyse médico-théorique ne constitue toutefois qu'une première

étape du raisonnement auquel il y a lieu de procéder. En effet, la loi ne permet pas à l'assureur de réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique, qui n'est pratiquement pas réalisable. Au contraire, le juge doit procéder à une analyse concrète de la situation. Partant, il doit 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 tenant compte de ses limitations fonctionnelles. Il doit également examiner, au regard 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 (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 p. 531; cf. arrêt 4A_529/2012 du 31 janvier 2013 consid. 2.3; Roland Brehm, Berner Kommentar, 4e éd. 2013, n° 51 ad art. 44 CO).

Conformément à l'art. 8 CC, 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. A cet égard, il lui appartient 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. L'assureur doit alléguer les faits propres à démontrer cette violation du devoir de réduire le dommage (arrêt du Tribunal fédéral 4A 574/2014 du 15 janvier 2015).

11. a. En l'occurrence, la défenderesse a estimé qu'une expertise judiciaire orthopédique était nécessaire et le demandeur ne s'y est pas opposé, de sorte que la chambre de céans a ordonné une expertise judiciaire confiée au Dr N_____.
- b. Le rapport d'expertise judiciaire du 20 décembre 2017, complété le 14 mars 2018, fondé sur les pièces du dossier, un examen du demandeur, comprenant les plaintes de celui-ci et une appréciation de la capacité de travail du demandeur convaincante, répond aux réquisits jurisprudentiels précités pour qu'il lui soit reconnu une pleine valeur probante.

S'agissant de la période litigieuse (mai à octobre 2016), l'expert a conclu à une incapacité de travail totale du demandeur dans toute activité depuis l'intervention du 13 novembre 2015, pendant une durée de trois mois, soit jusqu'à mi-février 2016, puis à une capacité de travail uniquement dans une activité adaptée, compte tenu de l'évolution de la hanche gauche (augmentation des douleurs et signes radiologiques d'arthrose), étant relevé qu'en présence d'arthrose, on devait protéger l'articulation de toute sollicitation excessive, ce qui impliquait la baisse, voire l'arrêt des activités ; l'expert a émis des doutes quant à une capacité de travail du demandeur, même dans une activité adaptée, compte tenu des symptômes dû à l'arthrose (l'évolution de la hanche gauche allait dans le sens d'une articulation qui devenait de plus en plus gênante en terme mécanique et des douleurs) et des compétences du demandeur. Il n'a toutefois pas expressément exclu qu'une activité adaptée, type activité de bureau, puisse être effectuée, de sorte qu'il convient d'admettre que, du point de vue médico-théorique, le demandeur présentait dès le 1^{er} mai 2016 une capacité de travail totale dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles.

c. L'intimée reconnaît l'incapacité de travail totale du demandeur dans sa profession habituelle mais estime que dès le 1^{er} mai 2016, il était capable d'exercer une activité adaptée à ses limitations. Ce faisant, elle accepte les conclusions médicales de l'expertise judiciaire. Il en est de même du recourant qui relève cependant qu'il n'a pas les compétences pour exercer une activité de bureau et qu'aucune mesure de réadaptation n'a été envisagée.

Au vu de ce qui précède, il est admis que, postérieurement au 1^{er} mai 2016, le demandeur ne peut plus exercer son activité habituelle au sens de l'art. 2.1 (première phrase) CGA. La question se pose dès lors de savoir si la défenderesse peut se prévaloir du fait qu'une activité est raisonnablement exigible du demandeur depuis le 1^{er} mai 2016 au sens de l'art. 2.1 (deuxième phrase) CGA, eu égard à l'état de santé et aux aptitudes de celui-ci.

d. Au vu de la jurisprudence précitée et des CGA, tel n'est pas le cas. En effet, la défenderesse, dans son courrier du 22 février 2016, s'est limitée à informer le demandeur qu'elle lui reconnaissait une pleine capacité de travail dès le 1^{er} mai 2016 dans une activité adaptée. Or, ce changement d'activité n'a pas fait l'objet d'un examen par la défenderesse, par le biais d'une analyse concrète de la situation du demandeur, comme exigé tant par la jurisprudence que par l'art. 2.1 CGA. A cet égard, et comme relevé par l'expert, la situation du demandeur post intervention du 13 novembre 2015 était compliquée par l'aggravation de l'état de la hanche gauche, laquelle a d'ailleurs dû faire l'objet d'une nouvelle intervention le 11 novembre 2016. Le courrier du 18 avril 2016 du Dr C_____ au médecin-conseil de la défenderesse atteste déjà de cette situation en relevant que le demandeur souffre régulièrement de sa hanche gauche et qu'il est bien possible qu'une prothèse totale doive être posée. L'état de santé du demandeur n'était ainsi, tant au 22 février 2016 qu'au 1^{er} mai 2016, pas stabilisé et en aggravation progressive, comme attesté par le Dr C_____ et confirmé par l'expert judiciaire. En outre, l'activité adaptée était limitée à une activité de type bureau (sans station debout prolongée et port de charge de plus de 10 kg) alors que le demandeur n'avait aucune formation et une expérience professionnelle réduite à celle de coursier de 1996 à 2003, puis de livreur, soit des activités requérant du mouvement et de la force. En particulier, l'aptitude du recourant au sens de l'art. 2.1 CGA n'a fait l'objet d'aucune analyse de la part de la défenderesse.

La défenderesse a ainsi failli à son obligation d'examiner l'exigibilité d'une activité adaptée par une analyse concrète de la situation, au sens de l'art. 2.1 CGA et la jurisprudence précitée, de sorte que, par son courrier du 22 février 2016, la défenderesse n'a pas invité valablement le demandeur à changer d'activité au 1^{er} mai 2016. De surcroît, la défenderesse n'a pas respecté le délai d'adaptation minimum de trois à cinq mois puisqu'elle a envoyé son courrier sous pli recommandé au plus tôt le 22 février 2016, en fixant au demandeur au 1^{er} mai 2016, soit environ deux mois plus tard, une exigibilité professionnelle totale.

12. Au vu de ce qui précède, il convient de constater que la défenderesse n'a, d'une part, pas établi, au sens de l'art. 8 CC, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le recourant était capable au 1^{er} mai 2016 d'exercer une activité adaptée à son état de santé et à ses aptitudes au sens de l'art. 2.1 CGA, ni, d'autre part, respecté les exigences de forme pour qu'une exigibilité professionnelle puisse être retenue au 1^{er} mai 2016.
13. Partant, l'indemnité journalière était encore due au 1^{er} mai 2016. Les montants réclamés par le demandeur ne sont pas contestés par la défenderesse, pas plus que l'intérêt moratoire requis, de sorte qu'il sera donné droit à la conclusion du demandeur concernant le versement de l'indemnité journalière. Vu l'absence de conclusion du demandeur concernant la période postérieure au 12 octobre 2016, celle-ci ne sera pas examinée, étant cependant relevé que, s'agissant de l'incapacité de travail au-delà de cette date, en particulier celle suivant l'intervention du 11 novembre 2016, la défenderesse, au vu du présent arrêt, ne saurait se prévaloir de l'art. 12.4 CGA pour exclure toute prestation.

La défenderesse sera ainsi condamnée à verser au demandeur CHF 3'757.20 avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} juin 2016, CHF 3'636.- avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} juillet 2016, CHF 3'757.20 avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} août 2016, CHF 3'757.20 avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} septembre 2016, CHF 3'636.- avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} octobre 2016, CHF 1'454.40 avec intérêts à 5 % l'an dès le 12 octobre 2016.

En revanche, le demandeur n'a pas droit à une indemnité pour tort moral, que ce soit en application de la LCA ou de la police d'assurance.

14. Les cantons sont compétents pour fixer le tarif des frais comprenant le défraiement d'un représentant professionnel (art. 96 CPC en relation avec l'art. 95 al. 3 let. b CPC ; selon l'art. 20 al. 1 de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 (LaCC – E 1 05) dans les contestations portant sur des affaires pécuniaires, le défraiement d'un représentant professionnel est, en règle générale, proportionnel à la valeur litigieuse. Il est fixé, dans les limites figurant dans un règlement du Conseil d'Etat, d'après l'importance de la cause, ses difficultés, l'ampleur du travail et le temps employé. A Genève, le règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RTFMC - E 1 05.10) détermine notamment le tarif des dépens, applicable aux affaires civiles contentieuses (art. 1 RTFMC).

Le demandeur, représenté par un conseil, obtenant partiellement gain de cause, la défenderesse est condamnée à lui verser une indemnité de CHF 4'220.- à titre de dépens, soit un calcul effectué sur une valeur litigieuse, sans les intérêts, de CHF 19'998.- (art. 91 al. 1 CPC) : CHF 2'400.- + [15 % x (CHF 19'998.- – CHF 10'000.-)] = CHF 3'899.70 ; il convient d'ajouter à ce montant la TVA (8 %) d'un montant de CHF 312.-, de sorte que le montant total est de CHF 4'211.70,

arrondi à CHF 4'220.-, TVA et débours inclus (art. 26 al. 1 LaCC ; art. 84 et 85 RTFMC).

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Condamne la défenderesse à verser au demandeur CHF 3'757.20 avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} juin 2016, CHF 3'636.- avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} juillet 2016, CHF 3'757.20 avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} août 2016, CHF 3'757.20 avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} septembre 2016, CHF 3'636.- avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} octobre 2016, CHF 1'454.40 avec intérêts à 5 % l'an dès le 12 octobre 2016.
4. Condamne la défenderesse à verser au demandeur une indemnité de CHF 4'220.-.
5. 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). 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

Julia BARRY

La présidente

Valérie MONTANI

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