



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1081/2004

ATAS/1049/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

6^{ème} Chambre

du 13 décembre 2004

En la cause

Monsieur P _____, comparant par Me Jacques EMERY en l'étude recourant
duquel il élit domicile

contre

LA SUISSE ASSURANCES, avenue de la Rumine 13, case postale intimée
1307, 1001 Lausanne

**Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Karine STECK et Doris
WANGELER, Juges.**

EN FAIT

1. Monsieur P _____, né en octobre 1951, domicilié à Bonne Ménage, 74380-France, a été engagé le 26 mars 2001 comme magasinier par X _____ SA, située 23, rte des Jeunes, 1211 Genève 26 (ci-après : l'employeur). Il était assuré à ce titre dans le cadre d'un contrat d'assurance maladie collective perte de gain n° 8.011.234 (ci-après : le contrat d'assurance), avec la SUISSE ASSURANCES (ci-après : l'assureur) valable dès le 1^{er} janvier 2001. Ce contrat d'assurance, soumis à la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA), prévoit une indemnité journalière d'incapacité de travail de 80 % du salaire, payable dès le 61^{ème} jour pendant 660 jours par cas, ainsi qu'une indemnité journalière d'incapacité de travail de 20 % du salaire, payable aux mêmes conditions.
2. Le 8 janvier 2002, le Dr A _____, généraliste, exerçant à Annemasse, a attesté d'une incapacité de travail de l'assuré en raison de douleurs, incapacité qu'il a prolongée les 19 janvier 2002, 4 février 2002 et 18 février 2002. Il a ensuite adressé son patient au Dr B _____, spécialiste en neurologie-neurochirurgie.
3. Le 15 janvier 2002, le Dr B _____ a attesté que l'assuré présentait une lombosciatique gauche avec une parésie nette du relèvement du pied gauche, avec une vive douleur au pincement de l'achilléen gauche et une diminution du diapason au niveau du genou gauche. Un relèvement douloureux du genou gauche sur la cuisse avec un Lasègue positive du même côté. Par ailleurs, le scanner demandé le 3 juillet 2001 signait la présence d'une hernie discale L5-S1 qui pourrait éventuellement être luxée vers le haut.

Vu la détérioration de l'état du patient, l'intervention était souhaitable dans les meilleurs délais. En ce qui concernait le membre supérieur droit, il fallait penser éventuellement à un canal carpien en raison des paresthésies importantes de la paume de la main droite ; un EMG devrait être pratiqué à ce niveau.
4. Le 31 janvier 2002, l'employeur a annoncé à l'assureur une incapacité de travail de l'assuré survenue le 7 janvier 2002 en raison d'une maladie.
5. Le 18 février 2002, le Dr A _____ a attesté de lombalgies avec de longues périodes de rémissions puis en août 2001, de lombosciatalgies continues avec hernie discale à opérer et l'apparition d'un canal carpien droit.
6. L'assuré a subi une intervention le 19 mars 2002 à la clinique du lac d'Argonay à 74370 Argonay en France où il a séjourné jusqu'au 21 mars 2002.
7. Le 21 mars 2002, le Dr C _____, neurochirurgien à la clinique d'Argonay, a attesté d'une incapacité de travail du patient jusqu'au 3 mai 2002 en raison d'une hernie discale, incapacité qu'il a prolongée jusqu'au 3 juin 2002.

8. Le 31 mai 2002, le Dr A _____ a prolongé l'incapacité de travail en raison de douleurs jusqu'au 17 juin 2002 puis jusqu'au 17 juillet 2002.
9. Le 17 juin 2002, le Dr A _____ a attesté de « lombosciatalgies gauches très invalidantes, résistantes au repos et aux médicaments, aggravées par les efforts. Pas de notion de drogue ni d'alcool. Opération le 19 mars 2002 à clinique d'Argonay par Dr C _____, cure de hernie discale. Résultats mitigés, moins de sciatalgies mais persistance de lombalgies qui restent invalidantes. Arrêt de travail du 7 janvier 2002 au 17 juillet 2002 minimum. Conseil de changement d'activité et de reclassement professionnel et de mise en route de demande d'AI ».
10. L'assureur a requis le 26 juin 2002 un contrôle du bien-fondé de l'incapacité et du pronostic par son médecin conseil adjoint, le Dr D _____, spécialiste en médecine interne.
11. Le 17 juillet 2002, le Dr A _____ a prolongé l'incapacité de travail au 18 août 2002.
12. Le 25 juillet 2002, le Dr D _____ a rendu un rapport. Il avait examiné le patient le 6 juillet 2002. Le diagnostic était celui de :
 - « Status après opération d'hernie discale L5-S1 gauche le 19 mars 2002.
 - Lombalgies résiduelles.
 - Fatigue chronique.
 - Etat dépressif larvé ? »

Dès le début de son travail, le patient avait souffert de crises de sciatique mais n'avait pas osé s'arrêter de travailler pendant une année. Il souffrait occasionnellement de lombalgies et de sciatalgie depuis 1996. Le 9 décembre 1996, le patient avait eu un premier CT-Scan qui ne montrait pas d'hernie discale. Le deuxième CT-Scan du 17 août 1998 avait montré une discopathie L5-S1 avec conflit radiculaire. C'était le CT-Scan du 3 juillet 2001 qui avait montré une franche hernie discale L5-S1 gauche comprimant la racine S1 gauche. Ce diagnostic avait été confirmé par une IRM le 12 février 2002.

Si l'on pouvait admettre 4 à 6 mois d'incapacité de travail après l'opération de hernie discale, il fallait reconnaître qu'actuellement, on ne savait pas très bien pourquoi le patient était vraiment à l'arrêt de travail. S'agissait-il d'un syndrome de fatigue chronique ou d'un état dépressif larvé ?

Actuellement le patient se disait incapable de reprendre le travail même à 50%. Le traitement n'était selon l'avis du Dr D _____ pas approprié car on ne savait pas pourquoi le patient se plaignait. Il n'avait revu son neurochirurgien qu'à une reprise après un mois de l'opération. D'autre part, il n'avait jamais revu son médecin généraliste. Les anti-inflammatoires étaient prescrits par le dentiste de l'épouse et le traitement d'acupuncture et d'homéopathie lui paraissait insuffisant

pour traiter les douleurs du patient dont on ne comprenait pas l'origine actuelle. Par ailleurs, le rapport du Dr A _____ évoquait la mise en route d'une demande d'AI qui lui paraissait injustifiée. Il proposait au gestionnaire de faire convoquer le patient par le Dr B _____ qui le connaissait à Genève pour une prise de position.

Selon le Dr D _____, ce patient irait mieux lorsqu'il se remettrait au travail comme cela avait été le cas en 2001 après sa dépression nerveuse. L'incapacité de travail à partir du 1^{er} juillet 2002 n'était pas explicable. Le patient devrait pouvoir bénéficier d'une nouvelle IRM et d'un avis neurochirurgical. Le traitement ne lui paraissait pas approprié.

13. Une IRM lombaire du 9 août 2002 effectuée à la clinique de garde à 74103 Annemasse a démontré un aspect post-discectomie à l'étage L5-S1 avec discret aspect congestif des plateaux adjacents et l'absence d'autre anomalie visible.
14. Le 13 août 2002, le Dr A _____ a prolongé l'incapacité de travail jusqu'au 15 septembre 2002 en raison de lombalgies.
15. Le 20 août 2002, une IRM lombaire a été effectuée par le Dr E _____, radiologue à Genève. Celui-ci a attesté une dégénérescence discale en D11-D12 avec irrégularité des plateaux vertébraux traduisant des séquelles d'une maladie de Sheuermann avec protrusion discale de localisation médiane mais sans image d'hernie. Status post-opératoire en L5-S1 avec un important remaniement fibreux intéressant la partie postérieure du disque, comblant la graisse épидurale antérieure gauche englobant la racine S1 et s'étendant latéralement vers la gauche du fourreau dural l'attirant vers la zone opératoire, traduisant une arachnoïdite associée. Pas de récurrence d'hernie. Lésions dégénératives interapophysaires postérieures prédominantes en L4-L5 avec épaississement des ligaments jaunes appuyant sur la partie latérale du fourreau dural. Hémangiome vertébral au sein de la vertèbre S1, de localisation paramédiane antérieure droite.
16. Le 13 septembre 2002, le Dr A _____ a prolongé l'incapacité de travail au 15 octobre 2002 en raison de douleurs.
17. Le 20 septembre 2002, le Dr B _____ a rendu un rapport à la demande de l'assureur.

La sciatalgie gauche avait nettement diminué suite à l'intervention du 19 mars 2002, ainsi que les paresthésies du pied gauche. Toutefois, le patient constatait que malgré plusieurs semaines d'évolution favorable il y avait persistance d'algies, ce qui l'empêchait d'effectuer son travail qui consistait à déplacer des objets assez pesants comme magasinier.

Cliniquement, le Lasègue était positif à gauche vers 80° moyennement avec douleur du dos du pied gauche. Le rotulien gauche était présent ainsi que les achilléens avec toutefois diminution nette à gauche. Bien que le patient se déplaçait sans difficulté, le relèvement du pied gauche était nettement diminué. Il pouvait cependant se tenir sur la pointe des pieds ddc.

Enfin, il fallait souligner qu'au point de vue anamnétique, ce patient avait souffert de son dos durant 10 ans, la sciatique ne s'étant installée que depuis un an. C'était surtout la présence de la fibrose qui était importante car elle était malheureusement durable et les réinterventions déconseillées car elles n'entraînaient aucune amélioration. Au point de vue thérapeutique, on pouvait proposer de la physiothérapie sans grande chance de succès et la prise des dérivés du Panadol.

Ce patient n'était pas capable de travailler actuellement au vu des efforts nécessités par sa profession. Il devrait chercher à se recycler dans un travail plus léger.

18. Le 2 octobre 2002, le Dr F _____, médecin-conseil de l'assureur, a proposé d'adresser le patient au Dr G _____, neurologue à Lausanne, pour l'estimation de la capacité de travail et des activités exigibles.
19. Le 11 octobre 2002, le Dr A _____ a prolongé l'incapacité de travail au 11 novembre 2002, puis jusqu'au 2 janvier 2003.
20. Le 6 décembre 2002, le Dr G _____ a rendu un rapport médical intitulé « expertise ».

Il a effectué un examen clinique, un examen neurologique et un EMG. La collaboration du patient à l'EMG avait été totalement insuffisante.

L'assuré mentionnait alors la persistance de lombalgies constantes se compliquant d'une irradiation le long du rachis jusqu'au niveau des omoplates, douleurs constantes mais plus ou moins prononcées, augmentant en cours de journée et dans toute position prolongée. Les douleurs lombaires se compliquaient en outre de quelques tiraillements dans le membre inférieur gauche mais sans franches sciatalgies. Persistaient des paresthésies au niveau du pied gauche et une impression de manque de force du membre inférieur gauche.

Par ailleurs, fait apparemment majeur dans l'incapacité de travail, le patient se plaignait d'un état de fatigue chronique majeur.

Compte tenu de l'ensemble des éléments à notre disposition, il ne faisait aucun doute que le patient avait souffert depuis 1996 de lombosciatalgies gauches secondaires à la présence d'une hernie discale L5-S1 gauche comprimant la racine S1. Sur la base des éléments à notre disposition, l'indication à la cure de hernie discale pratiquée le 19 mars 2002 paraissait formelle.

Les suites de l'intervention pratiquée par le Dr C _____ le 19 mars 2002 étaient à considérer comme moyennement favorables puisque, très classiquement, cette intervention avait entraîné la disparition des sciatalgies parallèlement à la persistance de lombalgies et des troubles sensitifs préexistants, ce qui était une évolution tout à fait classique après ce type d'intervention. La régression post-opératoire des sciatalgies était bien corrélée avec les constatations radiologiques, à savoir l'absence de compression radiculaire S1 persistante. La fibrose post-opératoire mise en évidence aux deux IRM lombaires effectuées en post-opératoire n'était pas surprenante d'autant plus que cette fibrose post-opératoire était à considérer lui semblait-il comme modérée. Bien que cette fibrose paraissait engainer la racine S1, la myélo-IRM effectuée le 20 août 2002 ne révélait pas d'amputation radiculaire et notamment d'amputation de la racine S1 gauche. A la limite, on pouvait parler d'une image radiologique post-opératoire « normal » n'expliquant pas en soi la persistance des douleurs lombaires. S'agissant des lombalgies présentées encore actuellement par l'assuré, il fallait en rechercher l'origine dans plusieurs éléments soit 1) des troubles statiques vertébraux modérés, 2) des altérations dégénératives pluri-étagées modérées, 3) de probables facteurs psychologiques, lesquels expliquaient vraisemblablement également l'état de fatigue chronique dont se plaignait l'assuré.

S'agissant de la capacité de travail, le status après cure de hernie discale et les altérations dégénératives disco-vertébrales pluri-étagées présentées par le patient contre-indiquaient toute activité nécessitant un engagement physique lourd avec port de charges dépassant une dizaine de kilos. Dans une activité plus légère ne nécessitant pas le port de charges ainsi qu'un engagement physique lourd et autorisant des changements fréquents de position, la capacité de travail du patient était au moins de 75%. Pratiquement, il s'agissait donc de déterminer s'il était possible d'aménager l'activité de magasinier effectuée actuellement. Si on pouvait lui assurer une activité évitant le port de charge de plus de 10 kilos, le patient devrait être considéré comme à même de reprendre son activité préalable. Si tel n'était pas le cas, on devrait envisager une reconversion professionnelle, soit dans le cadre de la maison X _____, soit dans une autre entreprise avec ou sans l'aide de l'AI. A ce propos, il fallait relever que le pronostic d'une reprise d'une activité professionnelle lucrative paraissait réservé étant donné certains éléments psychologiques faisant craindre que les motivations de l'assuré pour une reprise de l'activité professionnelle lucrative soient relativement « modestes ».

Le diagnostic était celui de status après cure de hernie discale L5-S1 gauche le 19 mars 2002, et lombalgies résiduelles. Le pronostic de reprise d'une activité professionnelle lucrative était en fait essentiellement fonction d'éléments psychologiques, à savoir la motivation réelle du sujet pour retrouver une activité professionnelle.

Par ailleurs, étant donné l'état de fatigue chronique dont se plaignait le patient qui pouvait s'expliquer par des éléments psychologiques, il convenait néanmoins également qu'il soit examiné par un généraliste à la recherche d'une éventuelle affection médicale (telle qu'une anémie, etc.) expliquant cet état de fatigue chronique.

21. Le 8 décembre 2002, le Dr A _____ a prolongé l'incapacité de travail au 1^{er} mars 2003.
22. Le 16 décembre 2002, l'assureur a informé l'employeur et l'assuré que des indemnités journalières à 50% allaient être versées jusqu'au 5 janvier 2003 et réduites à 25% dès le 6 janvier 2003, compte tenu de la capacité de travail de 75% attestée par le Dr G _____. En effet, l'activité exercée par l'assuré consistait principalement à gérer un stock par ordinateur, la manutention lourde n'étant pas son activité majeure.
23. Dès le 16 décembre 2002, l'indemnité journalière a été réduite à 50 %.
24. Selon une note téléphonique du 17 décembre 2002 avec l'assureur, l'employeur relevait que l'assuré était manutentionnaire avec comme activité le port de palettes de plus de 30 kilos et ne fait quasiment pas de gestion de stock par ordinateur. L'assuré manquait de volonté à reprendre le travail.
25. Le 18 décembre 2002, l'assureur a informé l'assuré que des prestations seraient allouées au plus tard jusqu'au 31 mars 2003. Il était admis qu'il ne pouvait plus exercer sa profession actuelle. En revanche, une activité légère était exigible. En vertu de l'obligation de diminuer le dommage, il était attendu de l'assuré qu'il fasse tout son possible pour trouver une activité adaptée à son état.
26. Le 8 janvier 2003, le Dr A _____ a déclaré à l'assureur faire suite à sa décision du 18 décembre 2002 et contesté le contenu de l'expertise, en contradiction totale selon lui avec l'examen clinique et les rapports précédents.
27. Le 11 janvier 2003, l'assuré a écrit à l'assurance en relevant que c'était en raison du mauvais état de son dos qu'il ne pouvait reprendre le travail. Or, l'expert n'avait pas effectué un examen complet du dos. Il était très limité dans ses faits et gestes et ne pouvait aucunement assurer des heures régulières de travail.
28. Le 17 janvier 2003, l'assuré a été victime d'une embolie pulmonaire bilatérale. Il a été hospitalisé au centre hospitalier intercommunal Annemasse-Bonneville du 18 janvier au 30 janvier 2003, comme attesté par le Dr H _____ le 3 avril 2003.

En conséquence, l'assureur a décidé de poursuivre le paiement des indemnités journalières au delà du 1^{er} avril 2003.

29. Le 23 janvier 2003, l'employeur a informé l'assuré qu'il n'avait aucun poste tenant compte de ses compétences professionnelles et de son état de santé.

Il précisait que le poste occupé par l'assuré consistait pour 80% à une manipulation de marchandises supérieurs à 10 kilos et pour 20% à de la gestion de stock par ordinateur.

30. Le 28 février 2003, le Dr A _____ a attesté de la persistance de douleurs lombaires post-opératoires et, selon les plaintes du patient, de fatigabilité, essoufflement et d'une aggravation des lombalgies. Il y avait une incapacité de travail depuis le 7 janvier 2003 pour une durée indéterminée. La décision inacceptable de reprise du travail avait déclenché un stress et quelques jours plus tard le patient avait fait deux embolies pulmonaires.

Il a prolongé l'incapacité de travail au 1^{er} avril 2003 pour douleurs lombaires, puis jusqu'au 2 mai 2003, et encore jusqu'au 30 juin 2003.

31. Le 2 avril 2003, l'assuré a demandé des prestations de l'assurance-invalidité.

32. Dès le 1^{er} mai 2003, l'assureur a réduit l'indemnité journalière à 25 %.

33. Le 20 mai 2003 le Dr F _____ a informé l'assureur que la capacité de travail fixée par l'expert le 1^{er} avril 2003 restait exigible, sous réserve d'un repos de deux mois dû à la complication (embolie).

34. Le 3 juin 2003, l'assureur a informé l'assuré qu'il supprimerait toute prestation au 31 juillet 2003. L'affection survenue en janvier 2003 n'avait été que passagère et n'était plus à l'origine de l'incapacité de travail.

35. Le 13 juin 2003, l'employeur a licencié l'assuré pour le 31 août 2003.

36. Le 25 juin 2003, le Dr A _____ a prolongé l'incapacité de travail au 31 août 2003 en raison de douleurs.

37. Le 26 juin 2003, l'assuré a requis de l'assureur la transmission des nouveaux éléments médicaux dont celui-ci avait fait état ainsi qu'une proposition de libre passage dans l'assurance individuelle perte de gain.

38. Le 7 juillet 2003, l'assureur a répondu que l'assuré ne remplissait pas les conditions pour pouvoir bénéficier du libre passage en assurance individuelle.

39. Par décision du 10 mars 2004, l'OCAI a octroyé à l'assuré une rente entière d'invalidité fondée sur un degré d'invalidité de 100 % dès le 1^{er} janvier 2003.

La motivation de la décision mentionnait que depuis le 7 janvier 2002, la capacité de travail était considérablement restreinte. La capacité de gain et de travail était

actuellement nulle, dans n'importe quelle activité. Les rapports médicaux suivants figurent au dossier de l'AI :

- Un rapport médical du Dr A _____ du 30 avril 2003 qui mentionne une incapacité de travail définitive dans toute profession et, comme diagnostics des « lombosciatalgies ayant nécessité des traitements médicaux et chirurgicaux, embolies pulmonaires bilatérales et dépression ». Il s'agissait d'une « lombosciatalgie chronique avec complication de hernie discale fort bien opérée, mais avec douleurs séquellaires, gros stress sur terrain anxio-dépressif ayant favorisé une embolie pulmonaire double et bilatérale, fatigue, dépression, douleurs chroniques qui résistent à toutes les thérapeutiques essayées, gênes respiratoires ».
 - Un rapport adressé à l'AI du Dr B _____ du 20 juin 2003 qui mentionne que le patient souffre de « status après intervention par discotomie L5-S1 pour sciatalgie gauche. Présence d'une fibrose rachidienne au niveau L5-S1 ». Il lui avait proposé de se recycler dans un travail plus léger. Il n'avait plus revu le patient depuis le 7 mai 2003. Ce patient avait donc présenté une embolie pulmonaire en janvier 2003 et il l'avait revu le 7 mai 2003, il présentait alors un état dépressif en raison de ses difficultés au travail avec des paresthésies du pied gauche avec algies épisodiques latérales externes, la sciatalgie ayant été très améliorée avec quelques algies de la fesse gauche. On pouvait exiger de l'assuré qu'il exerce une autre activité, comme celle de contrôleur à la demie journée, à l'essai. Il fallait s'attendre à une diminution de rendement. A la question « si plus aucune activité n'est exigible, quelle en est la raison ? » le Dr B _____ a répondu « lombalgies à l'effort et positionnelles ».
 - Un rapport SMR du 5 août 2003 qui mentionne un status après intervention par discotomie L5-S1 pour sciatalgie gauche, présence d'une fibrose rachidienne au niveau L5-S1, embolies pulmonaires bilatérales et dépression. Suit une note manuscrite du 26 janvier 2004 selon laquelle il y a des « lombalgies à l'effort mais aussi positionnelles, donc vu l'origine des douleurs (fibrose), une amélioration est peu probable. Voir dans 2 ans ».
40. Le 19 mai 2004, l'assuré a saisi le Tribunal cantonal des assurances sociales d'une demande en paiement à l'encontre de l'assureur visant à la condamnation de celui-ci au versement de la somme de fr. 20'906.65 plus intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} octobre 2003.

Les indemnités journalières représentaient fr. 5'410.- par mois. Le contrat d'assurance prévoyait une couverture de 720 jours, soit du 7 janvier 2002 au 7 janvier 2004. Il était tombé malade alors qu'il était employé. Le contrat d'assurance ne prévoyait pas de clause particulière limitant ou supprimant le droit aux prestations après la fin de la période de couverture. Il était toujours en incapacité

totale de travailler et était au bénéfice d'une rente AI dès le 7 janvier 2003. Il était donc fondé à réclamer les indemnités du 1^{er} août 2003 au 7 janvier 2004 soit fr. 20'906.65, avec un intérêt moratoire dès le 1^{er} octobre 2003.

41. Le 19 juillet 2004, l'assureur a conclu au rejet de la demande. L'incapacité de 100 % alléguée depuis le 7 janvier 2002 était contestée et le rapport du Dr I _____ avait permis de relativiser grandement l'importance des troubles discaux. Le Dr D _____ avait estimé que dès le 1^{er} juillet 2002 l'incapacité de travail n'était pas explicable. Selon le contrat d'assurance, des indemnités journalières ne pouvaient être allouées que jusqu'au 27 décembre 2003, soit durant 660 jours.

L'assuré était obligé de diminuer son dommage, notamment en changeant de profession. Or, il n'avait pas entrepris tout ce qui était en son pouvoir pour écarter la période d'incapacité de travail et reprendre une certaine activité professionnelle. Un délai de 7 mois et demi avait été donné à l'assuré pour qu'il s'organise en vue d'un changement d'activité, ce qui était généreux au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances.

42. Le 31 août 2004, l'assuré a répliqué. Il souffrait actuellement d'un cancer de la prostate et devait être opéré le 2 septembre 2004. Les décisions de l'assureur de réduire les indemnités à 50 % dès le 16 décembre 2002 puis à 25 % dès le 1^{er} mai 2003 devaient être revues compte tenu de l'évaluation du SMR de l'AI qui estimait que l'incapacité de travail était totale depuis janvier 2002. Les expertises de l'intimée, en tant qu'assureur privé, n'avaient pas de valeur probante. Il était téméraire de prétendre qu'il aurait pu se réorienter professionnellement. On ne pouvait lui imposer de reprendre une activité alors qu'elle lui était interdite par l'AI.

L'intimée feignait d'ignorer cette décision alors même qu'elle avait reçu un rétroactif de l'AI de fr. 11'702.40 pour la période de janvier à juillet 2003. Les indemnités dues s'élevaient en réalité à fr. 50'947.20, soit des indemnités à 50 % du 16 décembre 2002 au 30 avril 2003, à 75 % du 1^{er} mai 2003 au 31 juillet 2003 et à 100 % du 1^{er} août 2003 au 29 décembre 2003, sous déduction, pour cette dernière période, de 5 mois de rentes AI versées pour un montant total de fr. 6'455.-, soit un solde encore dû de fr. 44'492.20.

43. Le 30 septembre 2004, l'assureur a dupliqué. Les prestations versées jusqu'au 31 juillet 2003, soit sur 511 jours, ascendaient à fr. 76'432.60, compte tenu d'une surindemnisation de fr. 11'702.40. Même si l'assuré était indemnisé sur la base d'un taux d'invalidité de travail de 100 %, le solde restant de 149 jours du 1^{er} août 2003 au 27 décembre 2003 ne donnerait droit qu'au maximum à un montant de fr. 17'777.20, tenant compte de la surindemnisation de l'AI.

Par ailleurs, l'expertise du Dr I _____ était probante et rejoignait les observations du Dr D _____. Il n'y avait pas de raison de lier les assureurs

perte de gain aux décisions de l'AI. Il était regrettable que l'AI n'ait pas eu connaissance de l'expertise du Dr I _____, laquelle pourrait justifier une révision de la rente AI. Il n'était pas exagéré d'estimer que l'assuré n'avait pas entrepris tout ce qui était en son pouvoir pour écourter sa période d'incapacité de travail et reprendre une certaine activité professionnelle, compte tenu de sa mauvaise volonté.

44. Dans le délai imparti par le Tribunal de céans, l'assureur a fourni une traduction du contrat d'assurance collective en cas de maladie ainsi qu'un décompte des indemnités versées au recourant duquel il ressort que celui-ci a reçu le 100 % de son salaire du 7 janvier 2002 au 31 juillet 2003 sous déduction d'un délai d'attente de 60 jours, soit durant 511 jours pour un total de fr. 88'135.-, sous déduction encore d'un remboursement de l'AI de fr. 11'702,40. L'indemnité journalière était de fr. 174,51.

Elle relevait que suite à un calcul erroné, un montant de fr. 1'046.- était dû à l'assuré. Enfin, un montant de fr. 17'777,20 serait encore dû à l'assuré si la totalité des prestations était due, soit durant 660 jours (solde de 149 jours x fr. 119,31).

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (ATF 130 I 226).

2. a) L'art. 56V al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 05) – entré en vigueur le 1^{er} août 2003 – confère au TCAS la compétence de connaître, en instance unique, des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la LAMal et à l'assurance-accidents obligatoire prévue par la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA ; RS 832.20).

Ainsi que cela ressort de la lecture des travaux préparatoires, cette réforme vise à améliorer la situation des assurés qui, en cas de litige avec un assureur privé portant sur des prestations complémentaires à l'assurance-maladie obligatoire ou à

l'assurance-accidents obligatoire, peuvent désormais saisir le tribunal des assurances (cf. Mémorial du Grand Conseil 2001-2002, p. 98, relatif à l'art. 56G al. 1 let. g du projet de loi PL 8636, devenu l'art. 56V al. 1 let. c LOJ).

Le Tribunal cantonal des assurances sociales est ainsi désormais saisi de l'ensemble du contentieux en matière d'assurances complémentaires privées, tant dans le domaine de l'assurance-maladie que dans celui de l'assurance-accidents.

b) L'assuré doit saisir directement l'autorité judiciaire, par la voie d'une action qui doit être intentée dans les deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation qui dérive du contrat d'assurance (art. 46 al. 1, 1^{ère} phrase LCA) ce délai pouvant être interrompu selon les règles générales du droit privé. Le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves (art. 47 al. 2 in fine de la loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées du 23 juin 1978 – LSA).

En l'espèce, interjetée devant la juridiction compétente le 19 mai 2004 pour des prestations litigieuses dès le 16 décembre 2002, la demande est recevable.

3. Est litigieux, le droit du demandeur, à des indemnités journalières entières du 16 décembre 2002 au 27 décembre 2003.
4. a) Le Tribunal fédéral a jugé que, contrairement à ce qui est le cas dans l'assurance collective d'indemnités journalières selon les art. 67ss de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal), dans l'assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA, le droit aux prestations ne dépend pas d'une affiliation. Si le sinistre survient pendant la période de couverture, l'assureur doit verser les prestations convenues jusqu'à épuisement, aussi longtemps qu'elles sont justifiées selon les clauses conventionnelles ; la seule limite que connaisse la couverture réside non dans la fin des relations contractuelles, mais dans la durée des prestations convenues (JEAN BENOÎT MEUWLY, La durée de la couverture d'assurance privée, thèse Fribourg 1994, p. 185). Partant, en l'absence de clauses conventionnelles limitant ou supprimant le droit aux prestations au-delà de la période de couverture, l'assuré qui, après un événement ouvrant le droit aux prestations, sort d'une assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat, peut faire valoir son droit aux prestations également pour les suites de l'événement qui se produisent après l'extinction du rapport d'assurance (ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3^e éd., 1995, p. 240 - ATF 127 III 109/110).

Dans le cas précité, les conditions générales d'assurance prévoyaient que la couverture d'assurance s'éteint notamment lorsque l'assuré quitte le cercle des personnes assurées. Constatant que le contrat d'assurance collective ne contenait pas de clauses particulières limitant ou supprimant le droit aux prestations après la fin de la période de couverture, le TFA a admis que le droit aux prestations subsistait au-delà de l'extinction du rapport d'assurance.

Par ailleurs, le TFA a considéré que le fait que l'assuré qui quitte le cercle des personnes assurées par l'assurance collective a le droit, en vertu des conditions générales de l'assurance collective de demander son transfert dans l'assurance individuelle ne change rien à son droit de continuer d'obtenir des prestations après l'extinction de la couverture d'assurance collective pour un événement survenu pendant la période de couverture (ATF 127 III 106 p. 109-110).

b) En l'espèce, le recourant a été licencié pour le 31 août 2003. L'art. A8.3 des conditions générales d'assurance relative à l'assurance collective perte de gain en cas de maladie, du 1^{er} mai 1998 (CGA) prévoit que pour chaque assuré assujéti à la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA) – s'il est domicilié en Suisse et n'a pas atteint l'âge de la rente AVS – la garantie cesse 30 jours après la fin des rapports de travail. L'art. A8.4 précise que « lorsque la garantie prend fin, les maladies qui donnent déjà droit à une indemnité vont, en priorité, à charge de tout assureur avec lequel il existe une convention de libre passage. A défaut, elles sont encore indemnisées pendant 180 jours dès la fin de la garantie mais au maximum jusqu'au dernier jour du mois durant lequel l'assuré atteint l'âge de la rente AVS (sous réserve d'épuisement antérieur du droit aux prestations) ».

Les CGA contiennent ainsi une clause particulière limitant le droit aux prestations après la période de couverture. En conséquence, dans le cas d'espèce, le recourant pourrait avoir droit au maximum aux indemnités journalières pendant une durée de 180 jours dès le 30^{ème} jour suivant la fin des rapports de travail, soit dès le 30 septembre 2003 jusqu'au 29 mars 2004. A cet égard, il convient de déterminer la date à laquelle le droit de l'assuré aux 660 indemnités journalières s'éteint. Le contrat d'assurance prévoit le versement de 100 % du salaire (80 % + 20 %) durant 660 jours, dès le 61^{ème} jour d'incapacité de travail. Le demandeur a été en incapacité de travail dès le 7 janvier 2002, ce qui fait que son droit à l'indemnité journalière a débuté le 8 mars 2002 pour une durée de 660 jours, c'est-à-dire jusqu'au 28 décembre 2003.

Reste à déterminer si les conditions liées au versement de l'indemnité sont en l'espèce remplies, étant précisé que les CGA prévoient que les jours indemnisés partiellement comptent en plein pour le calcul du délai d'attente et de la durée du droit aux prestations (art. B1.1 CGA).

5. Aux termes de l'art. A4.1 des CGA, « l'assurance s'étend aux maladies, c'est-à-dire toute atteinte involontaire à la santé qu'un médecin peut constater sur la base de signes objectifs et qui n'est pas due à un accident ; sous les mêmes conditions, elle s'étend au déclin des facultés mentales et physiques. Les accidents et leurs suites sont exclus de l'assurance. Ils peuvent toutefois être assurés ».

L'art. B1.1 prévoit que « lorsque l'assuré par suite de maladie ou d'accident est totalement ou partiellement incapable de travailler (au moins 25 %), « La Suisse »

paie l'indemnité journalière mentionnée au contrat proportionnellement au degré de l'incapacité après l'expiration du délai d'attente prévu dans la police. Les incapacités de travail isolées, inférieures au délai d'attente, mais qui découlent de la même affection, ne sont ni prises en considération ni indemnisées. Les jours indemnisés partiellement comptent en plein pour le calcul du délai d'attente et de la durée du droit aux prestations ».

6. a) Dans un arrêt non publié du 23 octobre 1998 qui concerne comme ici une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (arrêt 5C. 176/1998 du 23 octobre 1998, consid. 2c), le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 61 LCA était l'expression du même principe général dont le Tribunal fédéral des assurances déduisait, en matière d'assurance d'indemnités journalières soumise au droit des assurances sociales, l'obligation de l'assuré de diminuer le dommage par un changement de profession lorsqu'un tel changement peut raisonnablement être exigé de lui, pour autant que l'assureur l'ait averti à ce propos et lui ait donné un délai adéquat (cf. ATF 111 V 235 consid. 2a ; 114 V 281 consid. 3a). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, lorsque l'assuré doit envisager un changement de profession en regard de l'obligation de diminuer le dommage, la caisse doit l'avertir à ce propos et lui accorder un délai adéquat – pendant lequel l'indemnité journalière versée jusqu'à présent est due – pour s'adapter aux nouvelles conditions ainsi que pour trouver un emploi ; dans la pratique, un délai de trois à cinq mois imparti dès l'avertissement de la caisse doit en règle générale être considéré comme adéquat (arrêt non publié K 14/99 du 7 février 2000, reproduit in RKUV 2000 KV 112 122, consid. 3a). (ATF du 8 janvier 2001, causes 5 C. 211/00 et 5 C. 239/00).

b) Ainsi, pour établir le taux de l'incapacité de travail, il faut, selon la jurisprudence, établir dans quelle mesure l'assuré ne peut plus, en raison de l'atteinte à la santé, exercer son activité antérieure, compte tenu de sa productivité effective et de l'effort que l'on peut raisonnablement exiger de lui. En revanche, l'estimation médico-théorique de l'incapacité de travail s'apprécie au regard de la profession de l'assuré aussi longtemps que l'on ne peut raisonnablement exiger de lui qu'il utilise dans un autre secteur sa capacité fonctionnelle résiduelle ; ce taux s'apprécie ensuite au regard de l'ensemble du marché du travail, compte tenu, le cas échéant, d'une période d'adaptation. L'assuré qui s'abstient alors d'utiliser sa capacité résiduelle est jugé sur l'activité professionnelle qu'il pourrait avoir s'il y mettait de la bonne volonté ; à cet égard, le défaut de volonté n'est excusable que s'il procède d'une maladie, les anomalies caractérielles n'étant pas considérées comme telle (ATF 114 V 281 consid. 1d p. 283 et les références ; ATFA CMBB c/ P. du 9 mars 1998).

c) La limitation concrète de la capacité de travail résultant de l'empêchement est déterminante pour fixer le degré de l'incapacité de travail ; elle s'apprécie sur la base de constatations médicales (RAMA 1987 p. 394 consid. 2b ; ATA/424/1998 du

28 juillet 1998). Selon le principe de la libre appréciation des preuves, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Si les rapports médicaux sont contradictoires, il ne peut liquider l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale ou non pas sur une autre. Il importe, pour conférer une valeur probante au rapport médical, que tous les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complémentaires, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description des interférences médicales soit claire et, enfin, que les conclusions de l'expert soient bien motivées (ATF 122 V 160 consid. 1c réf. ; RJJ 1995 p. 44). L'élément déterminant pour la valeur probante n'est en principe ni l'origine du moyen de preuve, ni sa désignation sous la forme d'un rapport ou d'une expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 122 V 160 consid. 1c ; P. OMLIN, *Die Invaliditätsbemessung in der obligatorischen Unfallversicherung*, p. 297 ss; W. MORGER, *Unfallmedizinische Begutachtung in der SUVA*, in RSAS 32/1988, p. 332 ss; ATF C. c/ CNA et G. du 7 octobre 1998).

Des mesures d'instruction ordonnées par un assureur, à savoir notamment l'examen par un médecin, ne sont pas des expertises judiciaires au sens strict du terme, à moins que l'assureur n'interpelle l'intéressé sur le libellé des questions et le choix de l'expert et lui donne l'occasion de se déterminer avant l'exécution de l'acte d'instruction projeté. L'on ne saurait toutefois leur dénier toute valeur probante de ce seul fait. Il faut en effet examiner si le médecin commis par l'assureur s'est penché sur les questions médicales litigieuses et a donné à celui-ci des indications utiles pour décider d'une éventuelle prise en charge (ATA 629/1998 du 6 octobre 1998).

7. Préalablement le Tribunal de céans constate que la coordination de l'évaluation de l'invalidité est exigée entre les différentes branches de l'assurance sociale (ATF 126 V 291 consid. 2a) et ne saurait en conséquence être imposée à un assureur dans le domaine de l'indemnité journalière fondée sur la LCA. En l'espèce, l'évaluation de l'invalidité par l'AI, et en particulier la prise en compte d'une incapacité de travail totale du demandeur ne lie pas la défenderesse.

Cela étant, les constatations médicales figurant au dossier AI, lequel a été versé à la présente procédure, doivent être prises en compte pour évaluer l'incapacité de travail du demandeur, au même titre que les autres rapports médicaux, en tant qu'elles répondent aux critères posés par la jurisprudence concernant leur valeur probante.

8. S'agissant de l'appréciation de l'incapacité de travail, le dossier contient plusieurs rapports médicaux établis entre juillet 2002 et janvier 2004.

Le Tribunal de céans constate que le rapport du Dr D _____ du 25 juillet 2002 selon lequel l'incapacité de travail du demandeur n'était pas explicable à partir du 1^{er} juillet 2002 a été établi antérieurement aux IRM des 9 et 20 août 2002 qui ont révélé l'existence d'un important remaniement fibreux intéressant la partie postérieure du disque. Pour cette raison et compte tenu également du fait que le Dr D _____ n'est pas une spécialiste des problèmes dorsaux, son rapport n'a pas de valeur probante pour déterminer l'incidence de l'atteinte à la santé du demandeur sur sa capacité de travail pendant la période litigieuse, soit dès le 16 décembre 2002.

Sur la base du même dossier radiologique, le Dr G _____ considère toutefois, le 16 décembre 2002, que la fibrose post-opératoire est modérée et que l'on pouvait parler d'une image radiologique post-opératoire normale n'expliquant pas en soi la persistance des douleurs lombaires. Il atteste cependant également d'une incapacité de travail totale dans toute activité nécessitant un engagement physique lourd. Cette appréciation requise par la défenderesse n'a pas valeur d'expertise au sens de la jurisprudence précitée mais se fonde néanmoins sur un dossier complet avec un examen du patient, un examen neurologique et un EMG. Toutefois, elle ne saurait emporter la conviction du Tribunal de céans pour les raisons qui suivent.

Le Dr A _____ atteste le 30 avril 2003 d'une incapacité de travail définitive notamment en raison de douleurs séquellaires chroniques à la suite de l'opération de la hernie discale résistant à toutes les thérapeutiques essayées ainsi qu'un état de fatigue et une dépression. Le Dr B _____ constate le 20 septembre 2002 une importante fibrose durable et considère que l'assuré n'est actuellement pas capable de travailler dans sa profession et qu'il devrait chercher un travail plus léger et confirme le 20 juin 2003 la fibrose rachidienne au niveau L5-S1 et un état dépressif en relevant qu'on pouvait exiger de l'assuré qu'il exerce une autre activité mais limitée à 50 % à l'essai, tout en précisant que les lombalgies à l'effort et positionnelles pourraient être la cause d'une incapacité totale de travail. Enfin, le rapport SMR constate que vu l'origine des douleurs, soit la fibrose, une amélioration est peu probable et que l'incapacité de travail est totale dans toute activité, ce que l'OCAI reprendra dans sa décision d'octroi de rente.

Le Tribunal de céans constate que les appréciations des Drs A _____, B _____ et des médecins du SMR s'accordent pour dire que la fibrose rachidienne post-opératoire dont souffre le demandeur est importante et entraîne des douleurs justifiant une incapacité de travail évaluée au mieux à 50 % avec baisse de rendement dans une activité légère et totale dans l'emploi actuel.

Ces appréciations vont dans le même sens que les conclusions du Dr E _____, radiologue, lesquelles révélaient une importante fibrose à l'IRM.

Pour ces raisons, l'appréciation du Dr G _____ considérant la fibrose comme moyenne et, partant, fixant la capacité de travail de l'assuré à 75 % ne saurait être retenue. Le Tribunal de céans se fondera sur l'appréciation de la capacité de travail du recourant faite par le Dr B _____, laquelle est bien documentée et provient d'un spécialiste en neurologie.

9. a) Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que le demandeur était, dès le 16 décembre 2002, en incapacité de travail totale dans son métier de magasinier et pouvait au mieux exercer une activité légère à 50 % avec diminution de rendement.

Cela étant, l'obligation de diminuer le dommage en vertu de l'art. 61 LCA est soumise à la condition que l'assureur avertisse l'assuré de ce fait et lui fixe un délai adéquat. Or, en l'espèce, c'est le 18 décembre 2002 que l'assureur a requis de l'assuré qu'il recherche une activité légère en lui fixant un délai jusqu'au 31 mars 2003, soit un délai d'environ 3 mois. Antérieurement à cette dernière date, l'assureur ne pouvait limiter le versement de l'indemnité journalière à 50 % puisque le demandeur était totalement incapable de travailler comme magasinier. Toutefois, le délai au 31 mars 2003 a été annulé en raison de l'embolie pulmonaire de l'assuré et des indemnités journalières partielles ont continué à être versées. Ce n'est que le 3 juin 2003 que l'assureur a informé l'assuré que, les effets de l'embolie pulmonaire étant terminées, les prestations seraient supprimées dès le 1^{er} août 2003. Ce courrier de l'assureur du 3 juin 2003 doit ainsi être qualifié d'avertissement fait à l'assuré, au sens de la jurisprudence précitée, pour qu'il recherche un emploi adapté à son état de santé. Cet avertissement ne respecte toutefois pas le délai pour s'y conformer fixé entre 3 à 5 mois, puisqu'il cesse le versement des prestations au 31 juillet 2003 alors qu'il a été transmis le 3 juin 2003. Il convient ainsi de le prolonger et, compte tenu des limitations importantes subies par le demandeur, lesquelles compliquent la possibilité de trouver un emploi, de le fixer à 5 mois, soit jusqu'au 31 octobre 2004.

b) En conséquence, le demandeur a droit du 16 décembre 2002 au 31 octobre 2003 au versement d'indemnités journalières entières. A cet égard, il convient de constater que le demandeur invoque une indemnité journalière de fr. 176,90, fondée sur un salaire de fr. 64'556.-, seulement allégué, sans pièces à l'appui, alors même qu'il ne conteste pas les montants reçus de la défenderesse et calculés sur la base d'une indemnité journalière de fr. 174,51. Celle-ci sera dès lors confirmée par le Tribunal de céans.

Le solde encore dû par la défenderesse se présente dès lors comme suit :

- Indemnité journalière à 50 % du 16 décembre 2002 au 30 avril 2003, soit fr. 11'867.- (fr. 174,51 x 136 jours x 50 %).
- Indemnité journalière à 75 % du 1^{er} mai 2003 au 31 juillet 2003, soit fr. 12'041.- (fr. 174,51 x 92 jours x 75 %).

- Indemnité journalière à 100 % du 1^{er} août 2003 au 31 octobre 2003, soit fr. 16'055.- (fr. 174,51 X 92 jours).

Soit un montant total de **fr. 39'963.-**.

Pour la période du 1^{er} novembre au 28 décembre 2003, il y a lieu de tenir compte de ce qui suit :

Pour que la défenderesse qui indemnise une incapacité de travail d'au moins 25 % (art. B1.1 CGA) soit tenue d'octroyer des indemnités journalières, il faut que le demandeur ne puisse pas réaliser dans une activité légère de substitution à mi-temps plus que le 75 % du revenu qui aurait été le sien dans son emploi de magasinier sans l'atteinte à sa santé (ATF 114 V 287 ; ATFA du 1^{er} juillet 2003, cause K 38/02). A cet égard, il convient de se référer au salaire statistique mensuel brut dans le secteur privé pour des activités simples et répétitives publié par l'Office fédéral de la statistique et qui se monte à fr. 4'557.-/mois en 2002 (enquête Suisse sur la structure des salaires 2002, tableau TA1). Ce salaire qui tient compte d'un horaire de travail de 40 heures/semaine doit être adapté à l'horaire de travail dans les entreprises en 2002 (dernier chiffre connu), soit 41,8 heures (La Vie économique n° 11-2004 p. 86), ce qui donne un chiffre de fr. 4'762.-, puis majoré de 1,4 % pour tenir compte de l'évolution des salaires entre 2002 et 2003 (La Vie économique, op. cit. p. 87) ce qui donne un revenu brut mensuel de fr. 4'829.-.

Enfin, compte tenu des limitations importantes relevées par les médecins et liées à l'état de santé du demandeur, une déduction de 10 % est justifiée (ATFA du 8 juillet 2003, cause I 9/03, du 30 novembre 2001, cause I 422/01), ce qui porte le montant du salaire mensuel brut possible à fr. 4'346.-, soit un montant de fr. 2'173.- pour un 50 %. Ce salaire doit être comparé au gain de l'assuré sans l'atteinte à la santé soit au montant de fr. 5'294.- correspondant à l'indemnité journalière versée par la défenderesse durant un mois (moyenne de 30,33 jours x fr. 174,51). Il résulte une perte de gain de 59 % ([fr. 5'294.- - fr. 2'173.-] : fr. 5'294.-). En conséquence, une indemnité journalière de 59 % de fr. 174,51 (soit fr. 103.-) est encore due au demandeur pour la période du 1^{er} novembre au 28 décembre 2003, soit un montant de fr. 5'974.- (fr. 103.- x 58 jours).

10. Au vu de ce qui précède, la défenderesse doit être condamnée au paiement de fr. 46'983.-, soit fr. 39'963.- (pour la période du 16 décembre 2002 au 31 octobre 2003), additionnés de fr. 5'974.- (pour la période du 1^{er} novembre au 28 décembre 2003), et de fr. 1'046.- correspondant au solde dû à l'assuré selon le calcul erroné de la défenderesse (cf. courrier de celle-ci du 29 novembre 2004) sous réserve des considérations qui suivent :

a) Le TFA a jugé que selon la jurisprudence constante, il n'existe pas, dans le domaine des assurances sociales régi par le droit fédéral, de principe général interdisant la surindemnisation. Autrement dit, en l'absence de règle spéciale de

coordination, les prestations de plusieurs assurances sociales peuvent être cumulées (ATF 126 V 68 consid. 4c, 123 V 95 consid. 4b, 113 V 148 consid. 7c ; SZS 1998 p. 67 consid. II.2/c et les références; ATF 128 V 243). Une telle règle fait l'objet depuis le 1^{er} janvier 2003 de l'art. 69 LPGA. S'agissant d'une assurance privée, les dispositions contractuelles, dont les CGA sont applicables (ATF 122 III 118) pour pouvoir prendre en compte une éventuelle surindemnisation ; une disposition spéciale de coordination est donc également nécessaire.

En l'espèce, les CGA prévoient une règle de coordination à l'art. B1.7 selon lequel « si l'assuré a également droit à des prestations d'assurances sociales, fédérales, d'entreprises ou d'un tiers responsable, l'assureur complète ces prestations jusqu'à concurrence du montant de l'indemnité journalière assurée ».

Il incombe dès lors à la défenderesse d'effectuer le calcul de surindemnisation pour la période en cause, soit du 16 décembre 2002 au 28 décembre 2003 compte tenu des autres prestations que le demandeur a reçues, notamment une rente de l'AI, seul le solde en résultant étant dû au demandeur, conformément aux CGA précitées.

b) S'agissant des intérêts moratoires, les CGA ne prévoient leur existence qu'en matière de non-paiement des primes dans un délai de 30 jours (art. C2 CGA). Toutefois, selon l'art. 41 al. 1 LCA, 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.

En l'espèce, l'indemnité journalière entière litigieuse était échue en tous les cas dès décembre 2002 puisque l'assureur savait dès le 20 septembre 2002, soit dès la reddition du rapport du Dr B _____ que l'assuré était en incapacité totale dans son activité de magasinier et cela jusqu'au délai fixé par l'assureur pour trouver une occupation adaptée, soit comme on l'a vu, le 31 octobre 2003. Quant à l'indemnité réduite due dès le 1^{er} novembre 2003, elle était échue à cette date puisque l'assureur avait reçu le 20 juin 2003 le rapport du Dr B _____ fixant une capacité de travail à 50 % dans une activité adaptée. L'indemnité journalière due dès le 16 décembre 2002 était donc échue et peut selon l'art. 104 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO), applicable par renvoi de l'art. 100 LCA, donner lieu au paiement d'un intérêt de 5 % à charge du débiteur en demeure. Celle-ci suppose entre autres conditions que la créance soit exigible et, sauf cas spéciaux, que le créancier ait interpellé le débiteur (ATF du 25 mars 2003, cause 4c. 2/2003).

En l'espèce, il convient d'admettre que le demandeur a interpellé la défenderesse le 8 janvier 2003, par l'intermédiaire du Dr A _____, lequel a contesté l'expertise du Dr I _____ et, par là même la décision de l'assureur de diminuer et de limiter l'indemnité journalière du demandeur

11. Partant, la demande sera partiellement admise et la défenderesse condamnée à payer au demandeur le montant de fr. 46'983.-, sous déduction du montant de la

surindemnisation qu'il lui incombe de calculer pour la période en cause, avec intérêt à 5 % l'an, selon le considérant ci-dessus.

Une indemnité de fr. 1'500.- sera allouée au demandeur.

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

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Condamne La Suisse Assurances à verser à M. P _____ un montant de fr. 46'983.-, sous déduction du montant de la surindemnisation, avec intérêt à 5 % l'an, au sens des considérants.
4. Condamne La Suisse Assurances à verser à M. P _____ une indemnité de fr. 1'500.-.
5. Informe les parties que, s'agissant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 et dans les limites des articles 43 ss et 68 ss de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral dans les trente jours dès sa notification. Le mémoire de recours sera adressé en trois exemplaires au Tribunal cantonal des assurances, 18, rue du Mont-Blanc, 1201 Genève. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière:

Nancy BISIN

La Présidente :

Valérie MONTANI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances privées par le greffe