

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/237/2006

ATAS/873/2006

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 3 octobre 2006

En la cause

Monsieur D _____, domicilié , 1227 CAROUGE, comparant
avec élection de domicile en l'étude de Maître Alain MARTI

demandeur

contre

LA GENEVOISE, COMPAGNIE D'ASSURANCES SUR LA
VIE, sise avenue Eugène-Pittard 16, case postale 345, 1211
Genève 17

défenderesse

Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Maya CRAMER et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Monsieur D_____, né en 1942 et exerçant la profession de chirurgien, s'est assuré en tant qu'indépendant sans personnel, dès le 1^{er} janvier 1997, contre la perte de gain consécutive à la maladie et aux accidents, en souscrivant un contrat d'assurance collective auprès de la GENEVOISE, Compagnie d'assurance sur la vie (ci-après : la GENEVOISE).
2. La police d'assurance a été renouvelée avec effet au 1^{er} janvier 2003 et prévoyait le versement d'une indemnité journalière en cas de perte de gain d'un montant de 450 fr. par jour jusqu'à l'âge de 65 ans, à raison de 700 jours par cas et avec délai d'attente de 30 jours par cas.
3. Le 4 septembre 2001, alors qu'il était en mer, l'assuré a fait une chute dans le cockpit d'un bateau. Il a ressenti immédiatement une douleur et une impotence fonctionnelle à l'épaule droite. Des radiographies exécutées le lendemain, lors d'une escale à terre, n'ont révélé aucune fracture, mais une sclérose du trochiter. Puis, une IRM de l'épaule droite, effectuée le 12 novembre 2001, a montré une large déchirure complète de l'insertion distale du tendon du muscle sus-épineux ainsi que du muscle sous-scapulaire, avec apparition d'une discrète amyotrophie. Après la mise en œuvre d'un traitement de physiothérapie qui a duré pendant quatre mois jusqu'au début 2002, l'assuré a ressenti une diminution des douleurs et de son impotence fonctionnelle, mais a continué à éprouver des difficultés lors des mouvements de rotation de l'épaule et lors du maintien du bras droit dans la même position de façon prolongée. Il n'a pas subi d'arrêt de travail.
4. Le 14 décembre 2002, alors qu'il skiait, l'assuré a fait une chute sur l'épaule droite qui a provoqué une exacerbation des douleurs.
5. Le 20 janvier 2003, il a annoncé le sinistre à la GENEVOISE en précisant qu'il s'agissait d'une rechute de l'accident du 4 septembre 2001.
6. Dans son rapport du même jour, le Dr A_____, chirurgien, a diagnostiqué une déchirure de la coiffe des rotateurs de l'épaule droite. Il a précisé qu'il y avait une rupture complète du sus-épineux ainsi que du sous-scapulaire et que le patient présentait une impotence "chirurgicale" du membre supérieur droit. Il a attesté une incapacité de travail de 100% du 14 décembre 2002 au 19 janvier 2003 et de 75% dès le 20 janvier 2003 pour une durée indéterminée.
7. Dans son rapport du 5 mai 2003, le Dr de A_____ a signalé une régression des phénomènes inflammatoires, mais une persistance d'une limitation de la mobilité et d'une absence de force du membre supérieur droit, ainsi qu'un arrêt complet de l'activité opératoire.

8. Le 20 mai 2003, la GENEVOISE a confié un mandat d'expertise au Dr B_____, rhumatologue, afin de déterminer principalement si, en fonction du diagnostic ainsi que des comorbidités, l'incapacité de travail était médicalement justifiée et si des éléments non médicaux influençaient la capacité de travail.
9. Dans son rapport d'expertise du 30 mai 2003, le Dr B_____ a précisé que l'assuré ne pouvait pas utiliser son membre supérieur droit autrement que le coude au corps, que les mouvements d'élévation du bras droit étaient limités par la douleur à la face antérieure de l'épaule droite et par une faiblesse, qu'au repos il persistait une gêne de l'épaule droite et qu'enfin, les activités de la vie quotidienne ainsi que professionnelle étaient rendues difficiles par les contraintes d'utilisation du membre supérieur droit. Il a expliqué que l'assuré ne pouvait plus opérer en raison de la faiblesse et des douleurs de l'épaule droite, mais qu'il pratiquait une activité de consultation à son cabinet deux jours et demi par semaine. Il a diagnostiqué une rupture complète des tendons de la coiffe des rotateurs de l'épaule droite consécutive à la chute de septembre 2001 avec une exacerbation des douleurs et une impotence fonctionnelle depuis la chute à ski de décembre 2002. Il n'a pas mis en évidence de comorbidité et a considéré que l'incapacité de travail était justifiée compte tenu de l'activité opératoire qui nécessitait une bonne mobilité du membre supérieur droit. Il a indiqué que l'IRM du 20 décembre 2002 n'avait pas montré de nouvelles lésions par rapport à celle de novembre 2001. Enfin, eu égard à l'absence d'amélioration depuis janvier 2003, il a considéré comme peu probable que l'affection évolue favorablement et comme possible qu'un traitement de physiothérapie améliore la situation.
10. Le 2 février 2004, l'assuré a interpellé la GENEVOISE quant au montant de sa prime 2004 et a prétendu à un remboursement partiel de sa prime 2003.
11. Par courrier du même jour, la GENEVOISE lui a répondu que l'exonération de paiement de la prime proportionnellement à l'incapacité de travail de l'assuré, prévue par ses conditions générales d'assurance (ci-après : CGA), ne le concernait pas étant donné qu'elle s'appliquait uniquement aux assurés faisant partie du "personnel", alors que sa police ne comportait pas de catégorie "personnel".
12. Dans son rapport du 6 mars 2004, le Dr de A_____ a fait état d'un statu quo. Il a précisé qu'au repos, les douleurs persistaient et que, lors de mouvements d'abduction ou de rotation, elles étaient fulgurantes. Il a conclu à l'absence d'amélioration réelle.
13. Le 27 mai 2004, l'assuré a subi un nouvel accident à bicyclette.
14. Dans son rapport médical du 4 juin 2004, le Dr de A_____ a diagnostiqué une commotion cérébrale, une luxation acromioclaviculaire droite stade III, des contusions multiples et une plaie au front. Il a précisé que le sinistre actuel n'était pas influencé par des maladies précédentes, des blessures ou des malformations. Il a

indiqué qu'il avait procédé à une suture de la plaie du front et à une immobilisation de l'épaule droite par pansement. Il a expliqué qu'il s'agissait d'un nouvel accident aggravant le problème de l'épaule droite. Il a attesté une incapacité de travail de 100% du 27 mai au 6 juin 2004 et de 75% dès le 7 juin 2004.

15. Selon les divers décomptes d'indemnité journalière que la GENEVOISE a adressés à l'assuré, elle a versé une indemnité journalière de 450 fr. du 13 au 19 janvier 2003, puis de 337 fr. 50 du 20 janvier 2003 au 12 décembre 2004.
16. Dans son décompte final du 17 janvier 2005, elle a informé l'assuré qu'il avait épuisé son droit aux prestations étant donné que le décompte cumulé depuis le 14 décembre 2002 faisait état d'une indemnisation pendant 700 jours pour un montant total de 237'037 fr. 50. Dans son courrier d'accompagnement du même jour, elle a rappelé qu'en application de ses CGA, la police était annulée avec effet au 12 décembre 2004 et qu'elle lui rembourserait les primes payées en trop.
17. Par courrier du 2 février 2005, l'assuré a demandé à la GENEVOISE de remettre en vigueur sa police d'assurance puisqu'il avait droit à des indemnités journalières pendant une durée de 700 jours par cas d'assurance et que son nouvel accident de bicyclette constituait un nouveau cas d'assurance dans la mesure où il n'avait aucun rapport avec l'accident de ski de décembre 2002. De plus, il a demandé une restitution des primes d'assurance versées depuis le 14 décembre 2002 dès lors que, selon les CGA, il devait être exonéré de primes d'assurance durant une incapacité partielle de travail.
18. Le 13 mai 2005, la GENEVOISE lui a répondu que, dans la mesure où le nouvel accident avait provoqué une augmentation de l'incapacité de travail de 75% à 100% du 27 mai au 7 juin 2004, il avait aggravé le problème de l'épaule droite et avait donc un rapport avec l'accident de décembre 2002. En outre, elle a précisé que, de toute façon, dès le 7 juin 2004, l'incapacité de travail était revenue à son niveau antérieur de 75% et que, par conséquent, le statu quo ante était atteint dès cette date ce qui légitimait doublement son refus de prestations. En outre, elle a expliqué que, selon les CGA, la libération de cotisations durant une incapacité de travail ne concernait que le personnel du preneur d'assurance et non pas celui-ci. En conséquence, elle a maintenu sa position.
19. Le 2 juin 2005, l'assuré a écrit à la GENEVOISE en expliquant que son accident de vélo avait entraîné, d'une part, une lésion à l'épaule droite totalement différente de celle survenue lors de son premier accident, d'autre part, une commotion cérébrale et des vertiges séquellaires qui avaient provoqué, à la fin novembre 2004, une perte d'équilibre au lever avec lésion de l'épaule gauche. Il estimait qu'il s'agissait d'une question médicale et non juridique qui devait être tranchée par un examen auprès du médecin-conseil de l'assurance.

20. Le 22 août 2005, l'assuré a demandé à la GENEVOISE de lui verser, d'une part, un montant de 81'000 fr. correspondant aux indemnités dues du 12 décembre 2004 au 9 août 2005, d'autre part, pour l'avenir, les montants dus pour son incapacité de travail, enfin, de lui adresser sans délai un certificat d'assurance. En outre, il a contesté le droit de l'assurance de résilier le contrat de manière rétroactive et a estimé que ses CGA étaient contraires à la réglementation en matière d'assurance-accidents (LAA).
21. Le 4 octobre 2005, la GENEVOISE a maintenu sa position en soulignant que, selon le rapport médical du Dr de A_____ du 4 juin 2004, le nouvel accident n'avait fait qu'aggraver le problème de l'épaule droite, ce qui démontrait le rapport entre les deux accidents et, par conséquent, l'absence de nouveau cas d'assurance. De plus, elle a soutenu que l'accident de bicyclette ne constituait pas une cause nouvelle de l'incapacité de travail dès lors que celle-ci persistait à 75% depuis janvier 2003, soit plus d'une année avant le deuxième accident. En outre, elle a relevé que tout ce qui n'était pas réglé par les dispositions contractuelles était régi par la loi sur le contrat d'assurance (LCA) et non pas par la LAA.
22. Le 8 novembre 2005, l'assuré a formé opposition contre la "décision" du 4 octobre 2005. Il a maintenu ses conclusions précédentes. Il a expliqué que depuis l'accident de bicyclette, l'état de son épaule droite et sa mobilité s'étaient améliorés, mais qu'en revanche, il souffrait de maux de tête, vertiges, insomnies et problèmes de concentration. A l'appui de ses conclusions, il a invoqué un rapport du Dr de A_____ précisant qu'il n'avait pas déjà souffert de la même affection, même si la même épaule était concernée. Il a estimé opportun de mettre en œuvre une expertise médicale pour déterminer si les séquelles du deuxième accident avaient un lien avec celles du premier.
23. Par écriture du 24 janvier 2006, l'assuré a déposé un "recours" devant le Tribunal cantonal des assurances sociales. Il considère que l'absence de décision sur opposition est assimilée à une réponse négative qui ouvre la voie du recours. Préalablement, il conclut, à la mise en œuvre d'une expertise médicale afin de déterminer, lors du deuxième accident, quel était le taux d'incapacité de travail relatif au premier accident et si ce taux était stabilisé. Principalement, il conclut à la condamnation de la défenderesse au versement de 126'225 fr. à titre d'indemnités journalières et d'intérêts à 5%, à la constatation que le contrat d'assurance est toujours en vigueur, enfin à la réserve de ses droits quant à une amplification de la demande. A l'appui de ses conclusions, il soutient que l'assurance facultative d'indemnité journalière est régie par la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) et par la LCA. Il prétend que l'argumentation de la défenderesse, mentionnant que l'incapacité de travail était déjà de 75% avant le second accident ce qui démontre que ce dernier n'a pas provoqué d'aggravation, est purement mathématique alors qu'il s'agit d'une question médicale nécessitant une expertise. A cet égard, il affirme que les suites du second accident sont bien différentes de celles du premier, puisque

les douleurs à l'épaule droite ont légèrement régressé et que la mobilité de cette articulation s'est rapprochée de la normale, alors que de nouveaux symptômes sont apparus en raison du traumatisme crânien, à savoir des maux de tête, des vertiges permanents, des insomnies, des difficultés de concentration, un épuisement après avoir travaillé deux heures. Subsidièrement, il soutient que, si le Tribunal retient l'existence de deux accidents, le contrat n'a pas été valablement dénoncé par la défenderesse dès lors que celle-ci invoque une disposition de ses CGA qui n'est pas conforme à la LAMal. Enfin, il considère que si la LAMal ne s'applique pas, les CGA contiennent une clause ambiguë de sorte qu'il pouvait raisonnablement comprendre que chaque cas différent lui donnait droit au paiement d'indemnités durant 700 jours tant que le contrat n'avait pas été dénoncé dans les formes et à l'avance.

24. Dans sa réponse du 21 mars 2006, la défenderesse a conclu, principalement, au rejet du "recours", à la confirmation de l'épuisement du droit aux prestations au 12 décembre 2004, à la confirmation de l'annulation du contrat pour défaut d'objet en raison de l'épuisement du droit aux prestations, à la confirmation de l'inapplicabilité au "recourant" de l'exonération de primes, subsidièrement, à la production du dossier de l'assurance-invalidité. Elle a relevé que seuls la LCA et le Code des obligations (CO) étaient applicables et non pas la LAMal, ni la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA). Elle a rappelé que ses CGA prévoyaient une exonération de primes proportionnelle au degré de l'incapacité de travail d'un assuré, mais que cette exonération ne concernait que le personnel de l'entreprise ou de l'indépendant, mais pas l'employeur ou l'indépendant lui-même. Quant au droit aux prestations d'assurance, elle a précisé qu'elle avait versé ses indemnités journalières pendant 700 jours et que le droit aux prestations d'assurance était donc épuisé. Elle a précisé que le critère de distinction n'était pas l'accident en lui-même, mais le résultat de celui-ci sur l'état de santé en relation avec le taux d'incapacité de travail. Elle a expliqué qu'il n'y avait pas eu de nouveau cas d'assurance étant donné qu'après le deuxième accident, l'assuré souffrait d'une atteinte à la mobilité de son bras droit qui concernait la même fonction que lors du premier accident et que le taux d'incapacité de travail était identique lors des deux accidents. Enfin, au cas où il s'agirait d'un nouveau cas d'assurance, la défenderesse relève que le statu quo ante était atteint dès le 7 juin 2004 et que l'aggravation des troubles provoqués par l'accident de bicyclette était certainement éliminée dès cette date de sorte que cet accident ne donnait dès lors plus droit à d'éventuelles prestations.
25. Dans son écriture du 16 mai 2006, le demandeur a persisté intégralement dans ses conclusions. Il a soutenu que la notion d'accident selon les CGA était identique à celle ressortant de la LPGA et que la LCA ne la définissait pas, de sorte qu'il fallait se référer à la doctrine et à la jurisprudence relatives à la notion d'accident en matière d'assurance privée. Il a rappelé que, selon la LCA, l'assureur répondait de tous les événements présentant le caractère du risque couvert, à moins que le

contrat n'exclue certains événements d'une manière précise et non équivoque. Il a affirmé que les deux accidents étaient différents et avaient entraîné des atteintes différentes à la santé, étant donné que l'accident de 2002 était un accident de ski ayant provoqué, au final, une déchirure complète de la coiffe des rotateurs de l'épaule droite, alors que celui de 2004 était un accident de vélo qui avait entraîné une luxation acromioclaviculaire de stade III à l'épaule droite, une commotion cérébrale, une plaie au front et de multiples contusions.

26. Le 22 mai 2006, le demandeur a requis de pouvoir plaider.
27. Dans son écriture du 9 juin 2006, la défenderesse a persisté intégralement dans ses conclusions précédentes. Elle a prétendu que la thèse du demandeur, selon laquelle il ne pouvait jamais y avoir de rapport entre deux accidents, revenait à vider de son sens l'art. 5 de ses CGA. Elle a considéré qu'il existait un rapport entre deux accidents lorsque ceux-ci fondent la même cause d'incapacité de travail. En outre, elle a relevé que les troubles invoqués par le demandeur bien après la connaissance de la position de la défenderesse ne pouvaient pas avoir un impact sur sa capacité de travail en vertu du principe des certificats médicaux de la première heure. Enfin, elle a mis en exergue l'absence de preuve quant à l'existence de ces nouveaux symptômes et à l'absence d'appréciation médicale quant à l'impact de ces symptômes sur la capacité de travail du demandeur.
28. Le 12 juin 2006, le Tribunal a communiqué cette écriture au demandeur.
29. Une audience de comparution personnelle des parties et de plaidoirie a eu lieu le 4 juillet 2006. A cette occasion, le demandeur a indiqué que, lors de l'accident de bicyclette de mai 2004, il était entré en collision avec un autre vélo et que depuis cet accident il souffrait de vertiges épisodiques survenant le matin en passant de la position couchée à la position verticale, de maux de tête ainsi que d'une grande fatigabilité. Il a expliqué qu'en novembre 2004, en raison des vertiges, il avait perdu l'équilibre après avoir heurté le chambranle d'une porte ce qui avait provoqué une rupture de la coiffe des rotateurs à l'épaule gauche. Il a précisé qu'il avait posé le diagnostic lui-même. Enfin, il a confirmé que l'impossibilité d'utiliser sa main droite, qui l'empêchait d'opérer, existait depuis l'accident de ski. Il a également produit un avis du Prof. C _____ daté du 13 décembre 2005 et faisant suite à sa demande de renseignements sur la façon de traiter ce litige sur le plan juridique.
30. Le Tribunal a imparti un délai à la défenderesse pour se prononcer sur cette nouvelle pièce et a précisé que, sur quoi la cause, était gardée à juger.
31. Par écriture du 31 juillet 2006, la défenderesse a contesté que le demandeur ait souffert d'une commotion cérébrale à la suite de l'accident du 27 mai 2004. En outre, elle a rappelé que le demandeur avait amplifié au fil des correspondances les prétendues séquelles de ladite commotion. Par ailleurs, elle a contesté que le demandeur ait été en mesure de diagnostiquer une rupture de la coiffe des rotateurs

sans avoir recours à un confrère et a estimé que le conflit d'intérêts résultant de cette situation ne permettait pas à l'assuré de réclamer des prestations sur la base de ce diagnostic. Elle a également relevé les contradictions entre les déclarations du demandeur du 8 novembre 2005 qui affirmait que, depuis l'accident de mai 2004, l'état de son épaule droite et sa mobilité s'étaient améliorés alors que, dans son rapport du 4 juin 2004, le médecin-traitant avait signalé une aggravation du problème de l'épaule droite. Enfin, elle a estimé que la lettre du Prof. C _____ du 13 décembre 2005 tendait à étayer une question de droit qui ne liait pas le Tribunal et que sa réponse était approximative étant donné que le demandeur ne lui avait soumis ni pièces, ni description précise de l'état de fait.

32. Le 2 août 2006, le Tribunal a communiqué cette écriture au demandeur.

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.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. c LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal), et à l'assurance-accident obligatoire prévue par la loi fédérale sur l'assurance-accident du 20 mars 1981 (LAA).

Ainsi que cela ressort de la lecture des travaux préparatoires, cette volonté du législateur 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).

Selon le Tribunal des conflits, dans son arrêt du 26 août 2005 (ACOM 55/2005), le Tribunal cantonal des assurances sociales est 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, que cette assurance complémentaire soit offerte tant par une caisse maladie que par une institution d'assurance privée autorisée ou non par l'office fédéral des assurance sociales.

D'après la doctrine, il y a lieu d'admettre que les assurances-maladie complémentaires le sont par rapport à l'assurance-maladie sociale - plus précisément à l'assurance obligatoire des soins - et qu'elles doivent permettre aux assurés de compléter, à la carte en quelque sorte, les prestations de cette assurance de base (VIRET, Assurances-maladie complémentaires et loi sur le contrat d'assurance, in : LAMal-KVG, Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, Lausanne 1997, p. 670). Il y a assurances complémentaires à la LAMal en tout cas lorsqu'il existe un lien matériel immédiat entre l'assurance en cause et l'assurance-maladie sociale, ou autrement dit lorsqu'il y a vocation à compléter le catalogue des prestations assurées selon la LAMal, comme c'est le cas par exemple des contrats collectifs perte de gain (cf. JdT 1999 III 106 consid. 4e et 4f). De plus, la LAMal consacre une distinction entre l'assurance sociale et les assurances complémentaires sur le modèle de l'assurance-accidents (BRULHART, Quelques remarques relatives au droit applicable aux assurances complémentaires dans le nouveau régime de la LAMal, p. 739). Dans le domaine de l'assurance-accidents, le besoin de couverture complémentaire existe car l'indemnisation n'est pas intégrale, notamment pour permettre aux assurés d'être hospitalisés en division privée ou semi-privée et/ou pour garantir une compensation complète de la perte de revenu consécutive à l'accident (VIRET, Assureurs privés et assurances sociales en Suisse, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale 1990 n° 7, p. 138).

En l'espèce, le demandeur est couvert par un contrat d'assurance-maladie collective en indemnité journalière contre la perte de gain consécutive à la maladie ou à un accident. Ce contrat est soumis à la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (ci-après LCA) et il est géré par une pure assurance privée. De plus, en tant qu'indépendant, l'assuré n'est pas soumis à l'assurance-accidents obligatoire (art. 1 al. 1 LAA a contrario). En outre, selon les CGA (édition 1997) régissant l'assurance-maladie collective, la GENEVOISE garantit le paiement d'une indemnité journalière correspondant soit à un pourcentage du salaire, soit à un montant fixe convenu d'avance (art. 13 CGA). Or, la police d'assurance prévoit un montant assuré de 450 fr. par jour qui est un montant fixe et non pas un pourcentage du salaire. Dans un tel cas, l'assurance de l'indemnité journalière est une assurance de sommes ce qui a pour conséquence que les prestations versées par l'assureur obligatoire contre les accidents ne peuvent pas être imputées sur les allocations dues par l'assureur privé, à moins que les CGA n'envisagent une telle imputation (BREHM, l'assurance privée contre les accidents, Berne, 2001, p. 191 ss par. 376). Dans le cas du demandeur, les CGA prévoient bien une telle imputation et précisent que cette imputation ne s'applique pas à l'allocation journalière pour un montant fixe de l'art. 17.2 CGA (art. 20 CGA). On doit dès lors se poser la question

de savoir si une telle assurance de sommes n'est pas une prestation typique de l'assurance privée, sans rapport avec l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie obligatoire ou à l'assurance-accidents obligatoire.

De l'avis du Tribunal de céans, ce qui est important pour décider s'il s'agit d'une assurance complémentaire à l'assurance-maladie ou accidents est qu'il s'agisse d'une prestation faisant partie du catalogue de l'assurance-maladie ou accidents. Or, même si en tant qu'indépendant, le demandeur n'est pas soumis à l'assurance-accidents obligatoire (art. 1 al. 1 LAA a contrario), dans la mesure où aucune assurance-accidents n'en assume la prise en charge (art. 1a al. 2 let. b LAMal), il est en tout cas couvert automatiquement contre les accidents en vertu de la LAMal (cf. RAMA 3/2001 p. 150 consid. 1b)). En conséquence, du point de vue formel, son assurance en perte de gain est bien complémentaire à une assurance sociale.

Enfin, d'un point de vue matériel, on doit également la qualifier d'assurance complémentaire à l'assurance-maladie ou accidents puisque l'indemnité journalière en cas de perte de gain est prévue dans le catalogue de l'assurance maladie facultative et dans celui de l'assurance-accidents couverte subsidiairement par l'assurance-maladie. En effet, dans un cas identique d'indemnité journalière en cas d'incapacité de travail due à une maladie prévue par un contrat collectif, la Chambre des recours vaudoise a admis que le risque couvert par le contrat collectif était le même que celui couvert à titre principal par la LAMal et que les prestations assurées étaient de même nature que celles prévues aux art. 67 ss LAMal de sorte qu'il existait un lien matériel immédiat entre l'assurance en cause et l'assurance-maladie sociale (JdT 1999 III 106 consid. f).

La compétence du Tribunal pour juger du cas d'espèce doit ainsi être admise.

3. Le droit à une indemnité journalière à 100% du 27 mai au 6 juin 2004 ainsi qu'à 75% du 7 juin au 11 décembre 2004 n'est pas contesté. Seul le droit à une indemnité journalière postérieure à cette date est litigieux. En conséquence, le présent litige porte sur le droit à des indemnités journalières du 12 décembre 2004 au 31 décembre 2005.
4. L'art. 46a LCA prescrit que le for se définit selon la loi du 24 mars 2000 sur les fors (LFors) dont l'art. 3 let. b prévoit que le for est, pour les actions dirigées contre une personne morale, celui de son siège. En l'espèce, la défenderesse a son siège à Genève de sorte que le Tribunal de céans est compétent pour connaître de la présente demande.

La demande respectant les conditions de recevabilité de l'art. 89 B LPA, elle est recevable.

5. Le demandeur soutient qu'il a subi deux accidents, d'une part, un accident de ski en décembre 2002 qui a lésé la coiffe des rotateurs de l'épaule droite, d'autre part, un

accident de bicyclette survenu le 27 mai 2004 qui a provoqué une luxation acromioclaviculaire de stade III à l'épaule droite, une commotion cérébrale, des maux de tête, des vertiges, des difficultés de concentration et des insomnies. Il estime que ces deux accidents ont entraîné des atteintes différentes à la santé et constituent des événements indépendants l'un de l'autre, de sorte que son droit à l'indemnité journalière est de 700 jours pour chaque accident.

Pour sa part, la défenderesse prétend que le critère permettant la renaissance du droit à l'indemnité journalière pendant 700 jours n'est pas l'existence d'un deuxième accident, mais bien celle de l'absence d'un rapport entre deux accidents. Elle considère qu'il y a un rapport entre deux accidents lorsque ceux-ci fondent la même cause à l'incapacité de travail. Elle expose que les deux accidents ont provoqué une atteinte à la mobilité du bras droit, soit d'un membre qui concerne la même fonction. En conséquence, elle estime que c'est l'atteinte à l'épaule droite qui fonde l'incapacité de travail à raison de 75% de sorte qu'il existe un rapport entre les deux accidents. Elle soutient également que le deuxième accident a provoqué une aggravation des troubles limitée dans le temps, puisque l'incapacité de travail de l'assuré est retombée à 75% dès le 7 juin 2004, de sorte que dès cette date le statu quo ante a été rétabli.

6. La police d'assurance maladie collective n° 9965.454, datée du 3 mai 2002, consécutive au renouvellement de contrat, prévoit une couverture d'assurance du 1^{er} janvier 2003 au 31 décembre 2004. Sous la rubrique "personnes assurées", elle mentionne le demandeur. Quant aux prestations assurées, elle précise qu'il s'agit d'une indemnité journalière, perte de gain, en cas de maladie et d'accident d'un montant de 450 fr. par jour versée durant 700 jours par cas, avec délai d'attente de 30 jours par cas. En outre, elle mentionne que les CGA 1997 sont annexées.

Selon les CGA (édition 1997) régissant l'assurance-collective d'indemnité journalière-maladie de la GENEVOISE, cette dernière verse la prestation convenue aussi longtemps que l'assuré, en traitement médical, est incapable de travailler. La durée des prestations est fixée dans la police d'assurance (art. 14). Un cas (maladie ou accident) est tout événement donnant droit à des prestations. Si une nouvelle maladie ou un nouvel accident survient avant que le premier cas ait pris fin, il ne constitue un nouveau cas que s'il n'a aucun rapport avec le premier (art. 5 ch. 5). Selon l'art. 11 ch. 1 CGA, chaque assuré perd, sans autre avis, le bénéfice de la couverture, notamment, à l'expiration du contrat (let. a) et lors de l'épuisement du droit aux prestations pour des cas d'incapacité totale ou partielle au travail (let. d). Le début et la fin de l'assurance sont fixés dans la police (art. 23 ch. 1). Si l'assurance n'est pas résiliée par le preneur d'assurance ou par la GENEVOISE par lettre recommandée au moins trois mois avant son expiration, elle se renouvelle tacitement d'année en année (art. 24 ch. 1). Après chaque sinistre pour lequel une indemnité est due, les parties ont le droit de se départir du contrat, la GENEVOISE au plus tard lors du paiement de l'indemnité, le preneur d'assurance au plus tard 14

jours après qu'il a eu connaissance du paiement (art. 24 ch. 2, 1^e phrase). Si la GENEVOISE résilie, son obligation cesse 14 jours après qu'elle a notifié au preneur d'assurance la résiliation (art. 24 ch. 2, 2^e phrase). Aussi longtemps qu'un assuré appartenant aux catégories de personnel désignées dans la police ou que le personnel assuré facultativement reçoit une indemnité journalière de perte de gain partielle ou entière en pourcentage du salaire, sa prime est exonérée de paiement proportionnellement au degré de son incapacité de travail (art. 26).

7. a) La LCA ne contient pas de règle d'interprétation des contrats. Comme elle renvoie au CO pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même (art. 100 LCA), la jurisprudence en matière de contrats est applicable. D'après celle-ci, les conditions générales font partie intégrante du contrat. Les dispositions contractuelles préformulées sont en principe interprétées selon les mêmes règles que les clauses contractuelles rédigées individuellement (ATF 122 III 118 consid. 2a; 117 II 609 consid. 6c p. 621). Le juge s'efforcera, en premier lieu, de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de leur convention (art. 18 al. 1 CO; ATF 127 III 444 consid. 1 b).

b) S'il ne parvient pas à établir avec sûreté cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des contractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (application du principe de la confiance; ATF 122 III 118 consid. 2a; 118 II 342 consid. 1a p. 344-345; 112 II 245 consid. II/1c p. 253-254). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 127 III 279 consid. 2c/ee p. 287 et les références doctrinales).

c) Finalement, et de façon subsidiaire, lorsqu'il subsiste un doute sur leur sens, les dispositions exclusivement rédigées par l'assureur, ainsi les conditions générales pré-formulées, sont à interpréter en défaveur de leur auteur, conformément à la règle des clauses ambiguës ("in dubio contra stipulatorem"; "Unklarheitsregel") ce qui présuppose pour le moins que les clauses litigieuses ne soient pas claires (ATF 122 III 118 consid. 2a et arrêts cités); l'art. 33 in fine LCA, qui prévoit que les clauses d'exclusion ne sont opposables à l'assuré que si elles sont rédigées de façon précise et non équivoque, en est une concrétisation (ATF 115 II 264 consid. 5a p. 269). Savoir si une telle condition est remplie dans le cas concret se détermine d'après le sens généralement donné dans le langage courant aux termes utilisés. Il ne s'agit pas de s'en tenir d'emblée à la solution la plus favorable à l'assuré. Selon la jurisprudence et la doctrine, pour que cette règle trouve à s'appliquer, il ne suffit pas que les parties soient en litige sur la signification à donner à une déclaration; encore faut-il que celle-ci puisse être comprise de différentes façons ("zweideutig") et qu'il soit impossible de lever autrement le doute créé, faute d'autres moyens

d'interprétation (ATF 122 III 118 consid. 2d; 118 II 342 consid. 1a p. 344; 100 II 144 consid. 4c p. 153; 99 II 290 consid. 5 p. 292). La règle "in dubio contra assicuratorem" n'a pas pour effet de rendre inapplicable la clause litigieuse, ce qui est le cas de la clause qualifiée d'insolite, mais elle exige d'interpréter la disposition en défaveur de l'assureur (ATF 116 II 345 consid. 2b p. 347; 115 II 264 consid. 5a p. 268).

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

8. Le demandeur prétend que l'art. 5 ch. 5 CGA est une clause ambiguë dans la mesure où le contrat d'assurance prévoit clairement le paiement d'indemnités journalières durant 700 jours par cas, de sorte qu'il pouvait raisonnablement comprendre que chaque cas différent, à savoir chaque accident qui n'est pas la suite logique d'un autre accident, lui donnait droit au paiement d'indemnités durant 700 jours tant que le contrat n'avait pas été dénoncé dans la forme et à l'avance.

Il est vrai que la police d'assurance prévoit le paiement d'une indemnité journalière en cas de perte de gain due à la maladie ou l'accident pendant 700 jours par cas et que l'art. 5 ch. 5, 1^e phrase CGA indique qu'un cas (maladie ou accident) est tout événement donnant droit à des prestations. En revanche l'art. 5 ch. 5, 2^e et 3^e phrases CGA restreint la notion de nouveau cas dans deux éventualités, d'une part, lorsque la nouvelle maladie ou le nouvel accident survient avant que le premier cas n'ait pris fin, d'autre part, lorsque la maladie ou la séquelle d'accidents, médicalement, se rattache à une maladie antérieure ou à un accident passé (rechute). Cette disposition des CGA prévoit qu'il y a un nouveau cas, dans la première éventualité, si la nouvelle maladie ou le nouvel accident n'a aucun rapport avec le premier et, dans la seconde éventualité, si l'assuré n'a pas été en traitement pour cette maladie ou séquelle d'accident au cours des douze mois qui suivent la fin du cas antérieur.

En l'espèce, le texte de l'art. 5 ch. 5 CGA signifie qu'en présence d'un nouvel accident ou d'une nouvelle maladie donnant droit à des prestations avant que le

premier cas n'ait pris fin, il y a un nouveau cas si la nouvelle maladie ou le nouvel accident n'a aucun rapport avec le premier cas.

Il n'existe manifestement pas de réelle et commune intention des parties quant aux prestations couvertes par le contrat d'assurance. Par conséquent, il faut rechercher comment, selon le principe de la confiance, le demandeur pouvait et devait comprendre de bonne foi le terme "aucun rapport avec le premier cas" au moment où il a renouvelé le contrat, le 3 mai 2002.

Le terme "aucun rapport avec le premier cas" de l'art. 5 ch. 5, 2^e phrase CGA, bien qu'il soit courant, peut être compris de différentes façons dès lors que les CGA ne définissent pas la notion de rapport. Au sens littéral, il signifie "absence de lien ou de relation entre deux ou plusieurs personnes ou choses" (cf. Dictionnaire Le Petit Larousse - noms communs). Dans le cadre d'une assurance en indemnité journalière perte de gain consécutive à un accident, on peut le comprendre comme l'absence de rapport entre l'incapacité de travail consécutive au premier accident et celle consécutive au second accident ou encore comme l'absence de rapport entre le premier accident et le second accident. Dans cette dernière acception, faute d'être précisée, la notion de rapport est vaste et peut inclure aussi bien l'absence d'influence du premier accident sur le deuxième accident quant à sa genèse (accidents indépendants l'un de l'autre) que quant à ses conséquences (troubles totalement différents ou absence d'un état de moindre résistance d'une partie du corps favorisant la survenance de la lésion).

Le but poursuivi par cette clause vise à limiter la notion de nouveau cas et, partant, à exclure la renaissance du droit à l'indemnité journalière lorsque survient un nouvel accident ou une nouvelle maladie qui a un rapport avec une incapacité de travail déjà en cours. Etant donné que le terme "aucun rapport avec le premier cas" peut être compris de différentes manières, il faut admettre que l'art. 5 ch. 5, 2^e phrase CGA est une clause ambiguë qui doit être interprétée en faveur de l'assuré, à savoir qu'elle signifie "accidents indépendants l'un de l'autre quant à leur circonstances de réalisation".

En conséquence, dans le présent cas, il est indéniable que l'accident de vélo du 27 mai 2004 est sans aucun rapport avec l'accident de ski de décembre 2002 en tant qu'ils se sont produits à des époques différentes et dans des circonstances différentes de sorte que le dernier n'a pas favorisé la survenance du premier, et, partant, constitue un nouveau cas au sens de l'art. 5 CGA.

9. Il reste à déterminer si ce nouveau cas entraîne une incapacité de travail et donc l'octroi de prestations.

Selon le seul rapport médical au dossier concernant cet accident, rédigé par le Dr de A_____ le 4 juin 2004, l'incapacité de travail a été de 100% du 27 mai au 6 juin 2004, avant d'atteindre 75% dès le 7 juin 2004. Ce médecin ne précise pas

explicitement si l'incapacité de travail de 75% dès le 7 juin 2004 est justifiée par l'accident de décembre 2002 ou par celui de mai 2004. Toutefois, en mentionnant en "nota bene" que le nouvel accident aggravait la problématique de l'épaule droite, qui entraînait déjà une incapacité de travail de 75%, il admet que ce nouvel accident n'a pas amélioré l'état de l'épaule droite et indique implicitement que l'incapacité de travail de 75% dès le 7 juin 2004 est toujours justifiée par l'accident de décembre 2002 qui avait déjà lésé l'épaule droite. Cette conclusion ressort également du rapport d'expertise du Dr B_____ du 30 mai 2003 qui estime difficile de formuler un pronostic, mais qui, au vu de l'absence d'amélioration depuis janvier 2003, estime comme peu probable qu'elle soit favorable, en réservant toutefois la reprise d'un traitement de physiothérapie. Au demeurant, le demandeur ne conteste pas formellement que son incapacité de travail de 75% est due à l'accident de mai 2004. Au contraire, lors de son audition devant le Tribunal, il a confirmé que son incapacité d'exercer son activité de chirurgien, due aux troubles de l'épaule droite et justifiant une incapacité de travail de 75%, remontait à l'accident de décembre 2002. En conséquence, force est de constater que l'accident de mai 2004 n'entraîne plus d'incapacité de travail depuis le 7 juin 2004, l'incapacité de travail résiduelle étant due à l'accident de décembre 2002.

En revanche, l'assuré invoque également l'existence de nouveaux symptômes tels que des maux de tête, des vertiges, des troubles de la concentration et des insomnies ainsi qu'une déchirure de la coiffe des rotateurs de l'épaule gauche due à une chute survenue à la fin novembre 2004 à la suite d'une perte d'équilibre au lever. Etant donné que le rapport du Dr D_____ ne mentionne aucunement de tels symptômes et que ses certificats de travail du 25 novembre 2004 et du 14 janvier 2005 ne font nullement état d'une augmentation de l'incapacité de travail, mais continuent à attester une incapacité de travail de 75% dès le 7 juin 2004, il n'est pas établi que ces symptômes soient en rapport de causalité avec l'accident de mai 2004 et d'autre part qu'ils entraînent une incapacité de travail.

En définitive, le demandeur a droit, pour le premier accident, à une indemnité journalière de 700 jours, sous déduction d'un délai de carence de 30 jours, soit du 13 janvier 2003 au 14 décembre 2004. La défenderesse a versé une telle indemnité journalière de sorte qu'elle a rempli ses obligations légales. En revanche, pour le second accident, le demandeur a droit en principe à une indemnité journalière pour le supplément d'incapacité de travail de 25% du 27 mai au 6 juin 2004. Toutefois, eu égard au délai de carence de 30 jours, son droit aux prestations débute le 25 juin 2004, date à laquelle l'assuré ne présentait plus d'incapacité de travail en rapport avec l'accident de mai 2004, de sorte que sa demande doit être rejetée.

10. Le demandeur soutient encore que le contrat d'assurance est toujours en vigueur, faute pour la défenderesse de l'avoir résilié dans le délai contractuel de trois mois avant l'échéance.

En l'espèce, l'art. 11 ch. 1 let. d CGA prévoit expressément la perte de la couverture, sans autre avis, lors de l'épuisement du droit aux prestations en cas d'incapacité totale ou partielle de travail. Dans une telle hypothèse, conformément à l'art. 154 al. 1 CO, le contrat dont la résolution est soumise à une condition résolutoire s'éteint de plein droit sans qu'une résiliation expresse ne soit nécessaire. En conséquence, en application de cette disposition, le contrat s'est éteint de plein droit au terme du droit aux prestations en cas d'incapacité de travail, soit le 14 décembre 2004, de sorte que, contrairement à ce que soutient le demandeur, le contrat d'assurance n'est plus en vigueur.

11. Enfin, le demandeur estime que des mesures d'instruction supplémentaire doivent être menées, notamment, par la mise en œuvre d'une expertise médicale.

Aux termes de l'art. 19 LPA sur renvoi de l'art. 89A LPA, le Tribunal cantonal des assurances sociales établit les faits d'office. Selon la jurisprudence, le juge peut renoncer à un complément d'instruction, sans violer le droit d'être entendu de l'assuré découlant de l'art. 29 al. 2 Cst., s'il est convaincu, en se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies, par les investigations auxquelles il doit procéder d'office, que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation (appréciation anticipée des preuves; ATF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c, 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 consid. 3c; ATFA non publié du 17 mars 2003, U 154/02, consid. 6.1 et les références citées).

En l'espèce, les éléments au dossier sont suffisants pour permettre au Tribunal de statuer sur le droit de l'assuré à l'indemnité journalière, notamment sur la question de l'appréciation de la capacité de travail en rapport avec l'accident de bicyclette de mai 2004, sans devoir mettre en œuvre une expertise médicale.

12. Au vu de ce qui précède, la demande doit être rejetée.

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

Statuant

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

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. La rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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

La Présidente :

Marie-Louise QUELOZ

Doris WANGELER

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

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