

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20070612_f_ge_o_01 vom 12. Juni 2007

FINMA Versicherungsrecht, 2007-06-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20070612_f_ge_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20070612_f_ge_o_01 du 12 juin 2007

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20070612_f_ge_o_01 del 12 giugno 2007

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (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 (LAMai), et à l'assurance-accident obligatoire prévue par la loi fédérale sur l'assurance-accident du 20 mars 1981 (LAA). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

L'assurance en cause est une assurance complémentaire contre la perte de gain en cas de maladie soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (ci-après LCA). 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 loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 (LSA - RS 961.01) ne contient pas de règles spécifiques concernant les délais que doivent observer les assurés qui entendent contester une décision prise en matière d'assurance pour perte de gain, la notion de décision n'ayant du surcroît pas le même sens que dans le domaine de l'assurance sociale. En revanche, selon l'art. 46 al. 1, 1^{ère} phrase LCA, l'assuré doit saisir directement l'autorité judiciaire A/1890/2006

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. Interjetée devant la juridiction compétente le 24 mai 2006 pour des prestations litigieuses dès le 1^{er} novembre 2005, la demande est recevable.

E. 3

Est seule litigieuse l'incapacité de travail dès le 1^{er} novembre 2005 étant donné que la question de savoir si elle est imputable à un accident ou à une maladie a été tranchée par décision sur opposition du 19 décembre 2005 entrée en force, par laquelle la SUVA a refusé de prendre en charge le cas de l'assuré en tant qu'il n'était pas séquelle à un accident. En conséquence, le présent litige porte sur le droit de la défenderesse à supprimer le versement des indemnités journalières dès cette date. Subsidiairement se posera la question du tort moral.

E. 4

Pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMai, les cantons prévoient une procédure simple et rapide dans laquelle le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves (art. 85 al. 2 LSA). Celui-ci est une autorité de première instance (VIRET, *Le contentieux en matière d'assurance-maladie selon le nouveau droit*, R.U. 1996, p. 199) qui doit instruire l'action de l'assuré, en respectant les règles minimales de procédure prévues à l'art. 85 al. 2 LSA. Pour le surplus, il doit se conformer au droit cantonal applicable. 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. L'obligation pour le juge d'établir d'office les faits ne dispense pas les parties d'une collaboration active à la procédure. Il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 107 II 233 consid. 2c). Le juge doit procéder à des investigations supplémentaires ou en ordonner lorsqu'il y a suffisamment de raison pour le faire, eu égard aux griefs invoqués par les parties ou aux indices résultant du dossier. Il ne peut ignorer des griefs pertinents invoqués par les parties pour la simple raison qu'ils n'auraient pas été prouvés (VSI 5/1994, 220 consid. 4a). Pour qu'une expertise se voie conférer une valeur probante, il faut que le rapport soit complet, qu'il comporte une anamnèse, une description claire des interférences médicales et des conclusions bien motivées (cf. ATF non publié du 22 janvier 2002, 5P. 421/2001, consid. 4c). Tel n'est pas le cas si l'expert n'a pas répondu aux questions posées, si ses conclusions sont contradictoires ou si, de quelque autre façon, l'expertise est entachée de défauts à ce point évidents et reconnaissables, même sans connaissances spécifiques, que le juge ne pouvait tout simplement pas les ignorer (cf. ATF non publié du 20 avril 2001, 5P.457/2000, consid. 4a et la référence). Les mesures d'instruction ordonnées par l'assureur, à savoir notamment l'examen par un médecin, ne sont pas des expertises au sens strict du terme, à moins que l'assureur n'interpelle l'intéressé sur le libellé des questions ainsi que le choix de l'ex-

- 12/18 - pert 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/143/1999). Enfin, en ce qui concerne les rapports établis par les médecins traitants, le juge peut et doit tenir compte du fait que, selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier (ATF 125 V 351 consid. 3b/bb et cc). Si l'autorité cantonale se trouve confrontée à plusieurs rapports médicaux et qu'elle fait siennes les conclusions de l'un d'eux, elle est tenue de motiver son choix (ATF non publié du 20 avril 2001, 5P.457/ 2000, consid. 4a et la référence).

E. 5

Le demandeur conteste la suppression du versement de l'indemnité journalière dès le 1er novembre 2005, alors que la défenderesse, sur la base de l'expertise du Dr B, considère que l'assuré possède une capacité de travail entière dans une activité adaptée dès le 1er juillet 2005 et qu'en vertu de son obligation de diminuer le dommage, il lui incombait de changer d'occupation dans un délai de trois à cinq mois dès cette date. Elle lui reproche également d'avoir changé de médecin traitant sans lui en avoir demandé l'autorisation. Enfin, elle estime qu'en raison de l'absence de paiement des primes dès le mois de septembre 2005, elle est en droit de refuser ses prestations durant le période de suspension. S'agissant d'un

contrat soumis à la LCA, il convient en premier lieu de déterminer si, sur la base des conditions convenues, on est en présence d'une incapacité de gain (cf. STOESSEL, Commentaire bâlois, n. 6 ss ad art. 3 LCA). D'après l'art. 1 des conditions spéciales (édition 1997; ci-après : CSA) régissant l'assurance complémentaire individuelle d'indemnité journalière-maladie de Y, l'assurance couvre l'incapacité totale ou partielle d'exercer une activité lucrative (ch. 1). L'incapacité partielle de travail est couverte proportionnellement au degré d'incapacité et une incapacité inférieure à 50% ne donne pas droit à des prestations (ch. 2). L'art. 4 prévoit que l'assurance verse l'indemnité journalière convenue, proportionnellement au degré d'incapacité de travail de l'assuré, dès l'expiration du délai d'attente fixé dans la police (ch. 1) et aussi longtemps que dure l'incapacité de travail dûment attestée par le médecin traitant (ch. 2) dans le cadre de la durée des prestations fixée dans la police d'assurance (ch. 3). Pour faire valoir son droit aux prestations, l'assuré doit remettre à Y un certificat médical d'incapacité de travail (art. 5 ch. 1). Dans la rubrique relative à la suspension du droit aux prestations, l'art. 5 ch. 3 prescrit qu' un changement de praticien au cours de la période d'incapacité de travail ne peut se faire qu'avec le consentement de Y. A/1890/2006

- 13/18 - En l'espèce, il ressort des CSA que l'assuré est couvert par une assurance d'indemnité fixe contre l'incapacité d'exercer une activité lucrative (art. 1 ch. 1) par suite de maladie, soit contre l'incapacité de gain découlant d'une maladie. Dans ses certificats des 4 janvier et 21 février 2006, le Dr S atteste une incapacité de travail à 100% du 22 juin 2004 au 20 novembre 2005, puis à 50% jusqu'au 28 février 2006 dans une activité adaptée. Lors de son audition par le Tribunal de céans, il explique qu'il suit le recourant depuis le 27 août 2004. Il justifie la limitation de la capacité de travail du demandeur par la persistance de douleurs en précisant que le genou devient douloureux au bout d'un moment quelle que soit la position. En outre, il fait état d'une dégradation de l'état du genou objectivée par l'IRM effectuée le 10 juillet 2006 et de l'imminence d'une nouvelle opération en raison de l'affaïssement du condyle interne. Il estime que la lésion objectivée est très douloureuse, rend très difficile l'exercice d'une activité et que les médicaments sont peu efficaces contre la douleur. Il précise qu'on peut discuter à un ou deux mois près de la reprise du travail. Les déclarations que le Dr S a faites au Tribunal sont partiellement fausses car, contrairement à ce qu'il prétend, il ne suit pas le demandeur depuis le 27 août 2004. En effet, ce jour-là, il a examiné le patient à la demande de l'employeur et ne l'a plus revu avant le 9 novembre 2005 puisque, le 19 janvier 2005, le demandeur a subi aux HUG une plastie de cartilage dont le suivi a été assuré par les médecins des HUG. En conséquence, au vu de ce qui précède, il n'est pas possible de tenir compte de son appréciation de l'incapacité de travail du demandeur, ni de ses explications à ce sujet. Au demeurant, l'IRM à laquelle il se réfère date de juillet 2006 de sorte qu'elle est largement postérieure au certificat du 21 février 2006 et, partant, n'a donc eu aucune incidence sur son appréciation qui repose par conséquent, principalement sur les douleurs invoquées par le demandeur. Or, dans le cadre de l'examen du droit aux prestations, l'allégation des douleurs doit être confirmée par des observations médicales concluantes, à défaut de quoi une appréciation de ce droit aux prestations ne peut être assurée de manière conforme à l'égalité de traitement des assurés (ATF 130 V 353 consid. 2.2.2 ; ATFA du 30 novembre 2004, I 600/03, consid. 3.2). Etant donné que le Dr S atteste une incapacité de travail en se fondant essentiellement sur les douleurs invoquées par le demandeur sans qu'elles soient corroborées par des éléments objectifs pertinents, ses considérations sont empreintes de son point de vue de médecin traitant (cf. ci-dessus consid. 4). Quant aux médecins des HUG, dans son rapport reçu par la défenderesse le 9

août 2005, le Dr G expose que le patient a évolué de manière lentement favorable depuis l'opération et qu'il persiste des douleurs au niveau du compartiment interne du genou gauche explicables par le discret œdème réactionnel autour du site de greffe. Il précise qu'une telle évolution après une plastie mosaïque n'est pas inhabituelle et qu'il convient de donner toutes les chances à cette dernière d'évoluer positivement jusqu'à la guérison totale raison pour laquelle une reprise totale de A/1890/2006

- 14/18 - travail dès le 4 juillet 2005 est prématurée. Puis, dans un certificat médical du 18 novembre 2005, la Dresse Z atteste une incapacité de travail entière du 19 janvier au 20 novembre 2005, puis de 50% dès le 21 novembre 2005. Lors de son examen du même jour, elle note que l'assuré se plaint de douleurs permanentes, mais qu'il marche sans boiterie, est capable de faire des promenades d'environ deux heures sur terrain accidenté et de porter son fils (20 kilos) dans les escaliers, ne prend pas d'antidouleurs, n'applique pas de glace sur son genou car il joue au parc avec son fils et voit des amis à l'extérieur de la maison. A ce sujet, le 24 novembre 2005, le Dr T précise que le gain de capacité fonctionnelle décrit par le patient justifie pleinement une reprise du travail à temps partiel. Ces divers rapports font état d'une évolution favorable de l'état de santé, malgré la présence, en août 2005, d'un œdème réactionnel autour du site de greffe corrélé aux plaintes du patient qui justifiait de reconnaître encore une incapacité de travail afin de donner toutes les chances à la greffe cartilagineuse d'évoluer positivement. Puis, dès le 21 novembre 2005, les médecins de la policlinique des services de chirurgie des HUG ont estimé que plus rien n'empêchait le demandeur de reprendre le travail ce qu'il a d'ailleurs fait en s'inscrivant au chômage le même jour. A ce sujet, les médecins des HUG n'expliquent pas pourquoi ils ont continué de reconnaître une incapacité de travail de 50% malgré la capacité fonctionnelle importante du demandeur de sorte qu'il faut admettre que leur appréciation de la capacité de travail se base sur l'activité exercée jusqu'ici et non pas sur une activité adaptée. En conséquence, les divers rapports des médecins des HUG apportent au Tribunal un éclairage permettant d'établir que le demandeur ne souffrait plus d'aucune incapacité de travail dès le 21 novembre 2005 en tout cas. Dans un rapport du 11 juillet 2005, le Dr B indique que le patient se plaint encore de douleurs du genou gauche, avec rougeur ainsi que d'un phénomène de réchauffement après une station assise prolongée mais qu'il est capable de prendre les escaliers pour monter à son appartement, conduire et marcher à plat sans problème. Sur la base de l'IRM du 29 juin 2005 montrant une bonne cicatrisation de la greffe du 19 janvier et de son examen, lors duquel il n'a trouvé aucune anomalie d'apparence ou de mobilisation passive, il estime que l'assuré est capable de travailler dans une activité adaptée, c'est-à-dire sans port de lourdes charges ou montées d'échelle, voire de trop fréquentes montées d'escalier. En définitive, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'incapacité de travail est entière dès le 29 juin 2005 ou plutôt dès le 21 novembre 2005, car, au vu des considérations qui suivent, cela n'a aucune incidence sur l'obligation de prêter de la défense.

E. 6

Aux termes de l'art. 61 LCA, lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage. Selon l'art. 61 al. 2 LCA, si l'ayant droit contrevient à son obligation posée à l'al. 1 de faire tout ce qui est possible pour A/1890/2006

- 15/18 - réduire le dommage, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie. L'ayant droit remplit son obligation de faire ce qui peut raisonnablement être exigé de lui pour réduire son dommage s'il prend à cette fin

les mesures que prendrait un homme raisonnable dans la même situation s'il ne pouvait attendre aucune indemnisation de tiers (HÖNGER/ SUSSKIND, op. cit., n. 15 ad art. 61 LCA; MAURER, op. cit., p. 344 et les références citées). Bien que classée parmi les règles relatives aux assurances contre les dommages, cette disposition légale est aussi applicable aux assurances de personnes prévoyant des prestations de sommes (ATF 128 III 34 consid. 3bc p. 36 ss). Dans un arrêt non publié du 23 octobre 1998 concernant une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (arrêt 5C.176/1998, consid. 2c), le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 61 LCA est l'expression du même principe général dont le Tribunal fédéral des assurances (ci-après : TFA) déduit, 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 TFA, lorsque l'assuré doit envisager un changement de profession en regard de l'obligation de diminuer le dommage, 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). Il importe peu que l'assuré soit encore lié ou non par un contrat de travail car ce délai transitoire a uniquement pour but de permettre le changement d'activité et la recherche d'un nouveau travail adapté. En effet, cette nécessité d'adaptation se réalise indépendamment du fait que l'intéressé soit lié ou non à un rapport de travail (RAMA 5/2006 KV 380 p. 341 consid. 4.4).

E. 7

C'est en vain que le demandeur critique sur ce point la position de la défenderesse, qui est conforme à la jurisprudence rappelée ci-dessus. L'art. 61 LCA est certes de droit dispositif (cf. art. 97 et 98 LCA; HÖNGER/SUSSKIND, Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n. 29 ad art. 61 LCA; MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3e éd., 1995, p. 345), mais il ne résulte pas du dossier que les parties auraient adopté sur ce point une réglementation plus favorable à l'assuré. En l'espèce, le demandeur dispose d'une capacité de travail entière dans une activité adaptée dès le 21 novembre 2005, voire depuis juillet 2005. Il reste à examiner si la défenderesse l'a dûment averti qu'il devait envisager un changement de profession A/1890/2006

- 16/18 - au regard de l'obligation de diminuer le dommage et si elle lui a imparti un délai adéquat pour trouver un emploi. La défenderesse soutient que sa lettre du 30 juin 2005 constitue un tel avertissement. Or, ladite lettre se borne à informer le demandeur que plus aucune prestation ne lui sera accordée jusqu'au 3 juillet 2005 sans préciser qu'elle considèrerait qu'il devait envisager un changement de profession et sans lui donner un quelconque délai pour ce faire. En revanche, la lettre du 7 septembre 2005, a accordé au demandeur un délai supplémentaire jusqu'au 31 octobre 2005 pendant lequel la défenderesse s'est engagée à verser l'indemnité journalière. Ce délai ayant été accordé a posteriori, il ne peut pas valoir comme avertissement puisque, par essence, un tel avertissement ne peut être accordé qu'à l'avance afin de, permettre au demandeur de trouver le temps nécessaire pour se réadapter dans une nouvelle profession. Il y a lieu de relever que, même si l'assuré peut être considéré comme apte au placement sous l'angle de l'assurance-chômage et qu'en même temps il est incapable de travailler, l'assureur qui veut mettre fin au versement des indemnités journalières doit également lui impartir un délai

pour trouver un emploi adapté (cf. par analogie SJ 2000 II p. 440 n° 47). En définitive, ce n'est que le 1^{er} décembre 2005 que la défenderesse a dûment averti le demandeur qu'il devait se trouver un emploi adapté à sa situation. Vu les circonstances du cas, notamment, d'une part, l'expérience du demandeur comme représentant de commerce et son diplôme en informatique qui doivent lui permettre de trouver un emploi sans formation complémentaire, d'autre part, le peu d'empressement manifesté par le demandeur pour retrouver du travail, un délai de trois mois paraît adéquat. Si, comme l'aurait fait dans la même situation tout homme raisonnable ne pouvant attendre aucune indemnisation de tiers, le demandeur avait mis à profit cette capacité de travail dans le délai de trois mois dès l'avertissement, la défenderesse n'avait plus à servir d'indemnités journalières au delà du 28 février 2006. En conséquence, il y a lieu d'admettre partiellement les prétentions du demandeur et de lui reconnaître le droit à une indemnité journalière sur la base d'une incapacité de travail entière du 1^{er} au 20 novembre 2005, puis de 50% du 21 novembre 2005 au 28 février 2006. Etant donné que l'indemnité journalière convenue s'élève à 106 fr. en cas d'incapacité totale de travail, l'assuré a droit à 2'120 fr. du 1^{er} au 20 novembre 2005 (20 x 106), puis à 5'300 fr. du 21 novembre 2005 au 28 février 2006 (10 indemnités en novembre, 31 en décembre, 31 en janvier et 28 en février représentant au total 100 indemnités de 53 fr.), soit un montant total de 7'420 fr. Puisque le demandeur n'a plus payé ses primes d'assurance depuis le mois de septembre 2005, en vertu de l'art. 120 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO), il y a lieu de compenser le montant de celles-ci avec les prestations dues par la défenderesse. En effet, la compensation est possible lorsque deux obligations de la même espèce existent réciproquement entre deux personnes et que la dette, avec laquelle le créancier entend exercer la compensation, est exigible et fondée en droit A/1890/2006

- 17/18 - (IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Vol. I, 6^{ème} édition, Bâle 1986, p. 196 ss). En l'espèce, la prime mensuelle était de 80 fr. en 2005 et de 96 fr. 50 en 2006. En conséquence, jusqu'à la fin de l'obligation de la défenderesse de verser des prestations, le demandeur est en tout cas redevable des primes mensuelles arriérées à raison de 320 fr. pour 2005 (4 x 80) et de 193 fr. pour 2006 (2 x 96.50), soit 513 fr., plus les frais de rappel de 20 fr. par mensualité impayée, soit 120 fr. En définitive, la défenderesse devra verser au recourant la somme de 6'787 fr. (7'420 - 633).

E. 8

En revanche, la demande de paiement d'une indemnité de 5'000 fr. à titre de réparation morale doit être rejetée. Les conditions d'une telle réparation, prévue par l'art. 47 CO, ne sont en effet pas remplies. En effet, cette disposition conditionne l'octroi d'une indemnité à titre de tort moral à l'existence de lésions corporelles ou de mort d'homme, conditions qui ne sont manifestement pas remplies dans le cas d'espèce. Un élément constitutif de la réparation n'étant pas réalisé, il n'est ainsi pas nécessaire d'examiner si la douleur morale éprouvée est particulièrement grande comme le réclame la jurisprudence (ATF 108 II 422 JT 1983 I 104) et si la défenderesse a commis une faute. De même, la question de la compétence du Tribunal de céans en la matière peut rester ouverte, s'agissant d'une prestation qui ne fait partie du catalogue de l'assurance-maladie et qui, par conséquent, sort du cadre de l'assurance-maladie complémentaire (cf. JdT 1999 III 106 consid. f).

E. 9

Le demandeur obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de 2'000 fr. lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 89H al. 3 LPA). Pour le surplus, la procédure est gratuite. A/1890/2006

-18/18-

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.