



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1104/2004

ATAS/736/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

2^{ème} chambre

du mardi 21 septembre 2004

En la cause

Monsieur C _____, comparant par Me Nicolas RIEDO en l'étude Recourant
duquel il élit domicile

contre

FTMH ASSURANCE MALADIE ET ACCIDENTS, Chemin de Intimée
Surinam 5 à Genève, comparant par Me Marco ZIEGLER en l'étude
duquel elle élit domicile

**Siégeant : Mme Isabelle Dubois, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Juliana
BALDE, juges.**

EN FAIT

1. Monsieur C _____ (ci-après le recourant), né en 1955, est plombier-chauffagiste de profession.

Il a travaillé auprès de l'entreprise X _____ jusqu'au 31 décembre 2002, puis chez Y _____ SA d'où il a été licencié par courrier du 18 mars 2003 avec effet au 28 mars 2003.

2. Le recourant est assuré à titre facultatif pour la perte de gain auprès de la FTMH ASSURANCES MALADIE ET ACCIDENTS (ci-après FTMH), dans un premier temps par un contrat collectif, actuellement à titre individuel.

Le recourant a été en incapacité de travail dès le 15 mars 2003, selon certificat médical du Dr A _____ du 19 mars 2003. Selon certificat médical du 28 avril 2003 de ce praticien, le recourant souffre de lombosciatique. Une hernie discale opérée en 1993 est mentionnée.

3. Interpellé par la FTMH, le Dr B _____, médecin-conseil, a confirmé l'incapacité de travail jusqu'au 20 mai 2003, selon courrier du 19 mai 2003, indiquant qu'une visite de contrôle s'imposait si l'arrêt de travail devait se prolonger. La visite de contrôle a eu lieu le 24 juin 2003. Dans son rapport, le Dr B _____ indique qu'une IRM est nécessaire pour établir s'il y a exagération, car l'affection, une fibrose, n'est pas récente, ou s'il y a récurrence d'une affection antérieure. Par complément du 16 août 2003, le Dr B _____ confirme qu'il s'agit d'une fibrose post-opératoire, qu'il n'y a donc pas d'affection récente justifiant la prolongation de l'arrêt de travail.

4. Par décision du 28 août 2003, la FTMH a mis un terme aux prestations pour le 31 août 2003.

5. Le recourant a adressé plusieurs rapports médicaux à la FTMH, soit les rapports des Dr C _____, D _____ et E _____, qui ont été transmis pour prise de position au Dr B _____.

Celui-ci, dans un rapport du 24 décembre 2003, confirme son précédent avis. Les rapports soumis n'apportent aucun élément nouveau : le Dr A _____ fourni un certificat d'arrêt de travail sans justification, le Dr C _____ résume les plaintes de l'assuré et constate l'absence d'indications chirurgicales, le Dr D _____ en fait de même avec les plaintes mais ne propose pas d'incapacité de travail, et le Professeur E _____ résume les constatations susmentionnées.

6. Suite à l'opposition du recourant, la FTMH a rendu une décision sur opposition le 19 avril 2004, rejetant l'opposition. La fibrose constatée n'étant pas récente, et le canal lombaire étroit décrit en L4-L5 ne provoquant pas de compression nerveuse

périphérique, enfin, les rapports médicaux fournis n'amenant aucun élément nouveau, sa décision ne pouvait être que confirmée.

7. Par acte du 19 mai 2004, le recourant conclut à l'annulation de la décision de la FTMH, à ce qu'il soit dit et constaté qu'il a droit aux indemnités journalières au-delà du 31 août 2003 et jusqu'au maximum légal admis, que la FTMH soit condamnée avec suite de dépens au versement des prestations ou, si mieux n'aime le Tribunal, que l'affaire soit renvoyée à la FTMH pour nouvelle enquête et nouvelle décision.

En substance, il s'appuie sur les différents rapports médicaux au dossier, constate qu'il est en totale incapacité de travail dans sa profession, et précise avoir déposé le 21 mars 2004 une demande de prestations auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité en vue d'une reconversion professionnelle.

8. Par pli du 23 juin 2004, le recourant produit des pièces complémentaires, soit une attestation du Dr A _____ du 21 mai 2004, une attestation du Dr F _____, annexée au précédent document, une attestation du Dr E _____ du 19 mai 2004, et une attestation du Dr G _____ du 17 mai 2004. Il sera revenu ultérieurement sur le contenu de ces documents.
9. Dans sa réponse du 28 juin 2004, la FTMH conclut au rejet du recours. Le Dr B _____, médecin-conseil, a été à nouveau interrogé et s'est déterminé sur tous les rapport médicaux, y compris ces nouvelles pièces. Selon le médecin-conseil, qui maintient sa position, il est clair que le médecin traitant ne peut désavouer les certificats dont il est l'auteur. Il n'y a cependant pas de justification médicale motivée. Le Dr G _____, rhumatologue, pour sa part, fait de nombreuses réserves tout en confirmant l'incapacité de travail mentionnée. Le Professeur E _____, quant à lui, préconise une reprise de l'activité professionnelle après un traitement.
10. Par ordonnance du 9 juillet 2004, le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties.

Celle-ci s'est tenue en date du 31 août 2004. A cette occasion, les parties ont repris leur conclusions. Le recourant a confirmé être toujours en incapacité de travail. La FTMH a constaté qu'il était en incapacité de travailler dans sa profession, mais pas dans d'autres professions. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

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 (arrêt 1P. 183/2004).

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 4 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994.

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2003, est applicable au cas d'espèce.
4. Le recours, interjeté dans les forme et délai prévus par la loi est recevable (art. 56 et 60 LPGA).
5. La question à résoudre ici est celle de savoir si le recourant a droit aux indemnités journalières prévues par son assurance facultative.
6. Aux termes de l'article 6 LPGA, "est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique ou mentale. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité".

En application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (ci-après LAMal), lorsqu'une assurance facultative prévoyant le versement d'indemnités journalières est conclue au sens de l'article 68 LAMal, le droit à l'indemnité journalière prend naissance lorsque l'assuré a une capacité de travail réduite au moins de moitié. Le droit prend naissance le troisième jour qui suit le début de la maladie à défaut d'accord contraire, et les indemnités journalières doivent être versées durant au moins 720 jours dans une période de 900 jours (art. 72 al. 2 et al. 3 LAMal).

Le but des indemnités journalières est de conférer aux ayants droit un revenu de substitution destiné à remplacer en tout ou partie la perte de salaire occasionnée

temporairement par un événement assuré. Le taux de l'incapacité de travail s'apprécie au regard de la profession de l'assuré (incapacité professionnelle) aussi longtemps que l'on ne peut raisonnablement imposer à l'assuré qu'il utilise sa capacité fonctionnelle résiduelle dans un autre secteur de l'économie. Pour déterminer le taux de l'incapacité de travail, dans un cas de maladie, il faut se fonder dans une large mesure sur les appréciations médicales; bien que ces dernières ne lient pas le juge, celui-ci ne s'en écartent pas sans nécessité. Enfin, l'assuré a l'obligation de diminuer le dommage. Il est donc tenu de faire l'effort que l'on peut raisonnablement attendre de lui pour travailler malgré ses maux et pour tirer parti de sa capacité résiduelle de travail. La jurisprudence a toutefois posé certaines limites, et il ne saurait être question, par exemple, d'imposer sur ce prétexte à l'intéressé un changement temporaire d'activité professionnelle à l'occasion d'une incapacité de travail momentanée, sous réserve des cas où dans la même place de travail, une activité adaptée à son état, plus légère par exemple, peut être offerte à l'intéressé. Il en va autrement en cas d'incapacité durable d'exercer la profession ou le métier appris. Dans ce cas, l'assuré doit, dans un délai raisonnable, à fixer selon les circonstances, en général de quelques mois, utiliser dans un autre secteur sa capacité de travail, pleine ou résiduelle, pour autant qu'on puisse l'exiger de lui (cf. Jean-Louis DUC, les assurances sociales en Suisse, édition 1995, Lausanne, chiffres 407 et suivants et références jurisprudentielles citées).

En résumé, l'on peut dire que le fait de s'être assuré pour une indemnité journalière d'un montant donné et d'avoir payé les cotisations correspondantes n'ouvre cependant pas forcément droit au versement de la somme assurée en cas d'incapacité de travail. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral des assurances, encore faut-il que l'assuré subisse une perte de gain dans une mesure justifiant le paiement du montant assuré (cf. ATFA du 8 janvier 2004, cause K/16/03 et jurisprudence citée).

De même, si un assuré peut prétendre aux prestations de l'assurance-chômage, le versement d'indemnités journalières à titre de l'assurance facultative perte de gain est exclu sous réserve de l'existence d'une perte de gain et à concurrence de celle-ci (cf. par exemple RAMA 1987 page 275 et suivants, RAMA 1998, page 352 et suivantes).

7. En l'espèce, il convient de tenir compte de plusieurs éléments. D'une part, le recourant a été licencié avec effet à la fin du mois de mars 2003, et les indemnités journalières ont été versées jusqu'au 31 août 2003. D'autre part, les investigations médicales menées par les différents médecins n'établissent aucune affection nouvelle, mais uniquement l'existence de l'ancienne affection dont souffre le recourant depuis 1993, c'est-à-dire une fibrose. Sur la base des documents médicaux collectés, le médecin-conseil de la FTMH, le Dr B_____, a exclu toute incapacité de travail de longue durée, limitant celle-ci au 20 mai 2003, mais proposant le versement des indemnités journalières jusqu'à la fin de la période

d'investigation, soit le 31 août 2003. Enfin, les différents rapports médicaux produits par le recourant ne permettent pas d'aller à l'encontre des conclusions du Dr B_____. Certes, le médecin-traitant, le Dr A_____ persiste-il à faire état d'une totale incapacité de travail. Cependant, aucune motivation ni justification n'est apportée à ces arrêts de travail d'une part, et d'autre part, ce médecin traitant ne se détermine pas sur la capacité de travail de son patient dans toute autre activité plus légère que la dernière activité exercée. Le certificat du Dr G_____ n'apporte aucun élément, au contraire, puisque si ce praticien reconnaît une incapacité totale de travail, il se contente de constater cet état de fait en émettant de multiples réserves. Quant au certificat du Professeur E_____ du 19 mai 2004, il va parfaitement dans le sens des conclusions du Dr B_____ puisqu'il dit possible la reprise de l'activité professionnelle antérieure, moyennant un aménagement du poste de travail et un traitement adapté.

Il ressort de ce qui précède que la décision de la FTMH de verser les indemnités journalières jusqu'au 31 août 2003 est conforme au droit et tient compte des circonstances du cas d'espèce. Dès cette date en effet, le recourant doit être considéré comme totalement capable de travailler dans sa profession ou dans une activité plus légère, de sorte qu'il était exigible de lui, ayant perdu son emploi, qu'il s'inscrive auprès de l'Office cantonal de l'emploi, nonobstant les certificats réguliers de son médecin traitant. Le droit à une indemnité journalière partielle restait ouvert, en fonction de la perte de gain qu'aurait réellement subie le recourant dans ses circonstances.

A noter que le délai raisonnable, de quelques mois, prévu par la jurisprudence pour permettre à l'assuré de faire valoir sa capacité de travail résiduelle, a d'ores et déjà été pris en compte par la FTMH, puisque la capacité de travail était totale à partir du 20 mai 2003 et que les indemnités ont été versées jusqu'à la fin du mois d'août.

En conclusion, le recours sera rejeté.

**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 le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier:

La Présidente :

Pierre Ries

Isabelle Dubois

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral de la santé publique par le greffe