

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2141/2011

ATAS/1197/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 5 décembre 2011

9<sup>ème</sup> Chambre

En la cause

Madame M\_\_\_\_\_, domiciliée à Châtelaine, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître Marlène PALLY

demanderesse

contre

AXA WINTERTHUR, Sinistres Suisse, sise Chemin de Primerose 11,  
1007 Lausanne, comparant avec élection de domicile en l'étude de  
Maître ELSIG Didier

défenderesse

**Siégeant : Florence KRAUSKOPF, Présidente; Christine TARRIT-DESHUSSES et  
Luis ARIAS, Juges assesseurs**

---

### EN FAIT

1. Madame M\_\_\_\_\_, née en 1980 en Roumanie, a obtenu dans ce pays un baccalauréat en section informatique et a travaillé comme vendeuse et comptable. Elle est arrivée en Suisse en 2004 où elle a suivi des cours de langue ainsi que des cours de musique et d'informatique, tout en travaillant à 50% comme nettoyeuse. Elle semble avoir échoué aux examens, puis avoir ensuite augmenté son taux d'activité à 100%. Dès décembre 2008, elle a souffert de lombalgie et d'une " petite dépression". En juillet et août 2009, elle été hospitalisée par deux fois en milieu psychiatrique.

2. Le 15 septembre 2010, elle a été engagée par X\_\_\_\_\_ SA comme nettoyeuse. Son employeur a conclu avec AXA WINTERTHUR ASSURANCES SA une "assurance d'indemnité journalière en cas de maladie".

Selon l'art. B4 1 des conditions générales d'assurance (CGA), l'incapacité de travail est définie comme "une incapacité, résultant d'une maladie et attestée par médecin, d'accomplir un travail qui peut être raisonnablement exigé de la personne assurée dans sa profession ou son domaine d'activité. Il est également tenu compte de travaux pouvant être raisonnablement exigés dans une autre profession ou un autre domaine d'activité."

3. A partir du 20 octobre 2010, elle s'est trouvée en incapacité de travail pour des douleurs lombaires. Son médecin-traitant, le Dr A\_\_\_\_\_, a fait procéder à une IRM, qui a mis en évidence une hernie discale para-médiane droite L4-L5, comprimant la racine L5 droite.

4. L'employeur a résilié le contrat, pendant la période d'essai, avec effet au 28 octobre 2010.

5. Au début de l'année 2011, l'assurée a déposé une demande de prestation auprès de l'assurance-invalidité.

6. Le Dr A\_\_\_\_\_ a attesté, le 27 janvier 2011, d'une incapacité de travail totale dans l'activité de nettoyeuse, mais d'une capacité entière dans une activité adaptée et a indiqué la nécessité d'une orientation professionnelle adaptée.

7. Mandaté à titre d'expert par l'assurance, le Dr B\_\_\_\_\_, psychiatre, a conclu dans son expertise du 10 mars 2011 à une incapacité de travail de 0% à partir du 1<sup>er</sup> avril 2011. Le trouble de l'adaptation avec réaction mixte, anxieuse et dépressive, était en rémission partielle (F 43.22). Le pronostic était plutôt réservé. La mise en place d'un traitement psychothérapeutique auprès d'un spécialiste était souhaitable. L'expertisée avait déjà été traitée en 2008 pour des problèmes psychiques. L'expert relève également un discours "volontiers vindicatif".

8. Dans son rapport du 8 mai 2011, le Dr C \_\_\_\_\_, rhumatologue, également mandaté par l'assurance à titre d'expert, a posé le diagnostic de lombosciatalgie droite L5 avec hernie discale L4-L5 paramédiane droite ainsi que de tendinobursite trochantérienne droite. L'incapacité de travail dans l'activité exercée auparavant était totale. Dans une activité adaptée, à savoir une activité ne nécessitant pas le port de charges lourdes, la position debout pendant plusieurs heures, les mouvements répétitifs de la colonne lombaire ni de travail en porte-à-faux, la capacité de travail était entière dès le 8 mai 2011. Un emploi de bureau ou de type administratif était adapté. L'expert a précisé qu'il y avait un risque d'incapacité de travail à long terme, même dans une activité adaptée, compte tenu de la présence de signes comportementaux de la douleur et de nombreux points de fibromyalgie. Il valait la peine d'effectuer une infiltration paratrochantérienne droite de corticostéroïde et des séances de physiothérapie ciblées sur le muscle moyen fessier droit. Une physiothérapie de mobilisation en piscine à but antalgique pourrait aussi aider. Si la situation continuait à évoluer défavorablement, un nouvel avis neurochirurgical devait être envisagé.

L'expert était cependant pessimiste sur les résultats des traitements sur les symptômes et pensait que l'abaissement du seuil de la douleur jouait un rôle important. Il a relevé l'attitude négative de l'assurée au sujet des traitements envisagés, n'attendant pas la fin de ses explications pour les rejeter. Par ailleurs, l'expert a noté de nombreux signes comportementaux de la douleur de Wadell et de Kummel. Enfin, l'expert était réticent à l'idée d'une cure chirurgicale de la hernie discale L-4-K5.

9. Se fondant sur l'expertise du Dr C \_\_\_\_\_, l'assurance a indiqué à l'assurée, par courrier du 31 mai 2011, qu'elle mettait un terme à ses prestations, moyennant un délai de trois mois, à compter du 1<sup>er</sup> juin 2011.
10. L'assurée a contesté ce point de vue, exposant, notamment, qu'elle souhaitait travailler dans une activité qui tenait compte de son handicap.
11. Par courrier du 17 juin 2011, l'assurance a maintenu sa position.
12. Par acte intitulé recours expédié le 12 juillet 2011 à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, l'assurée demande l'annulation de la décision de l'assurance du 17 juin 2011 et le bénéfice de 720 jours d'indemnités journalières. Elle expose avoir fait preuve de bonne volonté en reprenant une activité de nettoyeuse en 2010, qui avait toutefois été un échec. Ses douleurs dorsales étaient trop importantes et l'empêchaient d'exercer toute activité. La demande AI déposée démontrait que ses plaintes étaient sérieuses.
13. Dans sa réponse, l'assurance conclut au rejet du "recours". Elle relève qu'il s'agit en réalité d'une demande en paiement et non d'un recours, puisque le litige relève d'un contrat d'assurance privée. L'assurée était apte à travailler à 100% dans une activité

adaptée, telle qu'une activité de bureau ou dans le secteur administratif ou encore dans celui de la comptabilité déjà exercé par l'assurée dans le passé. Elle ne remplissait ainsi pas les critères d'incapacité de travail fixés à l'art. B4 des CGA. Par ailleurs, il lui incombait de mettre à profit ses connaissances en informatique et comptabilité et de diminuer ainsi le dommage, conformément à l'art. 61 LCA. Or, elle n'avait entrepris aucune démarche pour trouver un emploi adapté.

14. Invitée à se déterminer sur la réponse de l'assurance, l'assurée ne s'est pas manifestée.
15. Les parties ont ainsi été informées, le 31 octobre 2011, que la cause était gardée à juger.

### **EN DROIT**

- 1.a) Comme le relève à juste titre la défenderesse, le présent litige relève de l'assurance-maladie complémentaire, soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (loi sur le contrat d'assurance, LCA; RS 221.229.1). Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 4 et let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) et à l'art. 7 du Code de procédure civile (CPC; RS 272), tous deux en vigueur depuis le 1er janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale.

Partant, la Cour est compétente à raison de la matière pour juger du cas d'espèce.

- b) La Cour est également compétente à raison du lieu, compte tenu de la clause de for figurant à l'art. F7 CGA prévoyant un for alternatif au lieu du domicile de l'ayant-droit et du domicile genevois de la demanderesse.
- c) L'art. 87 LCA confère un droit propre au bénéficiaire contre l'assureur. Partant, en tant que bénéficiaire de la couverture d'assurance souscrite par son employeur, la demanderesse est fondée à agir à l'encontre de la défenderesse.

Par ailleurs, bien qu'intitulée de "recours", la demande, qui comporte un exposé des faits et des conclusions, est recevable à la forme (art. 130, 244 CPC).

Elle n'est pas soumise à une tentative préalable de conciliation (cf. ATAS/557/2011 du 31 mai 2011).

La procédure simplifiée s'applique (art. 243 al. 2 let. f CPC) et la Cour établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC).

2. Le litige porte sur le droit de la demanderesse à des indemnités journalières.

- a) La jurisprudence applicable avant l'introduction du CPC, prévoyant l'application de la maxime inquisitoire sociale aux litiges relevant de l'assurance-maladie complémentaire (cf. ATF 127 III 421 consid. 2), reste pleinement valable. Selon cette maxime, le juge doit établir d'office les faits, mais les parties sont tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Le juge est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuves sont complètes uniquement lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner leurs moyens de preuve et de les présenter. La maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaisir l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a).

Par ailleurs, la maxime inquisitoire laisse le juge libre dans sa manière d'apprécier les preuves et ne lui interdit pas de renoncer à un moyen de preuve par appréciation anticipée (ATF 129 III 18 consid. 2.6). Au surplus, la maxime inquisitoire sociale ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve (ATF np 4C.185/2003 du 14 octobre 2003, consid. 2.1). Pour toutes les prétentions fondées sur le droit civil fédéral, l'art. 8 CC, en l'absence de règles contraires, répartit le fardeau de la preuve et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 130 III 321 consid. 3.1).

En ce qui concerne le degré de la preuve, le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Il y a vraisemblance prépondérante lorsqu'il est possible que les faits pertinents se soient déroulés différemment, mais que les autres possibilités ou hypothèses envisageables n'entrent pas raisonnablement en considération. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3; 126 V 360 consid. 5b; 125 V 195 consid. 2).

- b) La plupart des éventualités assurées (par exemple la maladie, l'accident, l'incapacité de travail, l'invalidité, l'atteinte à l'intégrité physique ou mentale) supposent l'instruction de faits d'ordre médical. Or, pour pouvoir établir le droit de l'assuré à des prestations, l'administration ou le juge a besoin de documents que le médecin doit lui fournir. L'appréciation des données médicales revêt ainsi une importance d'autant plus grande dans ce contexte (ATF 122 V 158 consid. 1b).

En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant c'est que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il ait été établi en

pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et qu'enfin, les conclusions de l'expert soient dûment motivées (ATF 125 V 351 consid. 3a; 122 V 157 consid. 1c).

Selon l'expérience de la vie, 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. Ainsi, la jurisprudence accorde plus de poids aux constatations faites par un expert qu'à l'appréciation de l'incapacité de travail par le médecin de famille (ATF 125 V 351 consid. 3b/cc).

- c) En matière d'assurances complémentaires, les parties sont liées par l'accord conclu dans les limites de la loi, les caisses-maladie pouvant en principe édicter librement les dispositions statutaires ou réglementaires dans les branches d'assurances complémentaires qui relèvent de la liberté contractuelle des parties hormis quelques dispositions impératives en matière d'indemnité journalière (ATF 124 V 201 consid. 3d; ATAS/1104/2006). La LCA ne contient pas de règle d'interprétation des contrats. Comme l'art. 100 LCA renvoie au CO pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même, la jurisprudence en matière de contrats est applicable. Les conditions générales, lorsqu'elles ont été incorporées au contrat, en font partie intégrante; elles doivent être interprétées selon les mêmes principes que les autres dispositions contractuelles (ATF 133 III 675 consid. 3.3; 122 III 118 consid. 2a; 117 II 609 consid. 6c).
- 3.a) Aux termes de l'art. C1 al. 1 CGA, l'assuré a droit à des prestations si, sur constatation du médecin, il est atteint d'une incapacité de travail de 25% au mois. L'art. B4 al. 1 CGA définit l'incapacité de travail comme une incapacité d'accomplir un travail qui peut être raisonnablement exigé de la personne assurée dans sa profession ou son domaine d'activité. Cette disposition précise qu'il est également tenu compte de travaux pouvant être raisonnablement exigés dans une autre profession ou un autre domaine d'activité.
- b) En l'espèce, les avis des deux experts mis en œuvre par la défenderesse concluent à une capacité de travail de 100% tant sur le plan psychique que sur le plan somatique, si les limitations fonctionnelles sont respectées. La demanderesse ne critique pas spécifiquement ces expertises, mais expose que ses douleurs et les certificats médicaux de son médecin-traitant contredisent les conclusions du Dr C\_\_\_\_\_. Ces motifs ne suffisent pas pour s'écarter de l'expertise du Dr C\_\_\_\_\_. En effet, celle-ci repose sur une anamnèse complète, le dossier médical et l'examen de l'expertisée; elle tient compte des plaintes exprimées par l'expertisée, comporte une discussion détaillée, pose un diagnostic et répond de manière claire aux questions posées. La problématique des douleurs est abordée de manière circonstanciée. L'expert explique que l'examen clinique est difficile à interpréter, car il est parasité par des douleurs plus diffuses, des signes

comportementaux de la douleur et l'impossibilité de l'effectuer de manière approfondie. Il relève qu'au vu de l'attitude lorsque les différentes possibilités thérapeutiques sont évoquées, il doute qu'un traitement quel qu'il soit modifie les plaintes. L'expert a encore précisé être pessimiste quant à l'évolution des douleurs, compte tenu de la présence de signes comportementaux de la douleur et de nombreux points de fibromyalgie. L'abaissement du seuil de la douleur jouait un rôle important. Il n'a pas pour autant conclu à une incapacité de travail dans une activité adaptée.

Par ailleurs, si le Dr A\_\_\_\_\_ a établi des certificats médicaux attestant d'une incapacité de travail de 100%, il ressort clairement des autres documents établis par ce médecin qu'il estime que l'incapacité est de 100% uniquement dans l'activité exercée au moment de l'arrêt de travail. En effet, dans son certificat médical du 27 janvier 2011, il répond par l'affirmative à la question de savoir si une autre activité peut raisonnablement être exigée de l'assurée et indique qu'un tel travail à 100% pourrait être testé. En outre, dans ses courriers au médecin-conseil de la défenderesse des 7 et 20 juin 2011, il explique que sa patiente s'oppose à la décision de l'assurance car elle souhaite travailler et être "orientée dans une activité avec formation si nécessaire tenant compte de son handicap". L'AI devait à cet effet assurer la mesure de réinsertion. Le médecin-traitant n'apporte donc aucune critique sur le plan médical quant à la conclusion de l'expertise du Dr C\_\_\_\_\_.

La capacité de travail entière sur plan psychique n'est pas contestée. L'expertise du Dr B\_\_\_\_\_ doit, au demeurant, se voir accorder pleine valeur probante. Elle repose sur l'étude du dossier, un entretien avec le Dr A\_\_\_\_\_ et l'expertisée, comporte une anamnèse, tient compte des plaintes de la demanderesse, de son traitement, débouche sur un diagnostic, une discussion et des réponses claires aux questions posées. Aucun élément au dossier ne vient, enfin, la contredire.

Au vu de ces appréciations médicales, la Cour retient que la demanderesse est incapable de travailler dans son activité de nettoyeuse, mais pleinement capable de travailler dans une activité adaptée.

Dans la mesure où la demanderesse dispose d'une capacité de travail entière dans une activité tenant compte de ses limitations fonctionnelles, elle ne subit pas d'incapacité de travail au sens de l'art. B4 al. 1 CGA.

4. Reste à examiner si un changement d'activité peut être exigé de la demanderesse et si le délai de trois mois laissé à celle-ci pour lui permettre de trouver un emploi dans une activité adaptée est suffisant.
  - a) L'art. 61 LCA dispose que lors du sinistre, l'ayant-droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage; s'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur sur les mesures à prendre et s'y conformer (al. 1); si l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable,

l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2).

Dans des arrêts qui concernaient comme ici une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (ATF 127 III 106 consid. 4c; ATF np 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 il 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). Lorsque l'assuré doit envisager un changement de profession en regard de l'obligation de diminuer le dommage, l'assurance 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 l'assurance doit en règle générale être considéré comme adéquat (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1).

- b) En l'espèce, la demanderesse elle-même a manifesté, à plusieurs reprises, son intention de se réorienter professionnellement. Elle l'a dit et fait savoir par son médecin-traitant; elle l'a expliqué au représentant de la défenderesse lors de l'entretien qu'elle a eu le 8 février 2011 avec celui-ci; enfin, elle l'a également indiqué au Dr C\_\_\_\_\_, lors de son examen le 5 mai 2011. Dès lors que la demanderesse appelle de ses propres vœux une réorientation professionnelle et qu'aucun élément au dossier ne plaide en défaveur d'un changement professionnel, celui-ci peut raisonnablement être exigé par la demanderesse, en vue de diminuer son dommage.

Compte tenu du fait qu'elle ne dispose pas d'une formation professionnelle, le changement de profession peut être exigé d'elle sans devoir attendre l'écoulement d'une période de formation. Partant, le délai de trois mois accordé à la demanderesse pour trouver un emploi adapté ne nécessitant pas de formation paraît tout à fait adéquat. Il l'est d'autant plus qu'au début de l'année 2011 déjà, la demanderesse souhaitait un tel changement. Par ailleurs, le Dr C\_\_\_\_\_ avait informé, au plus tard le 8 mai 2011, l'assurée et son médecin de ses conclusions. Le délai de trois mois, à compter du 1<sup>er</sup> juin 2011, ne prête donc pas le flanc à la critique.

- c) A noter que la défenderesse a, en sus, effectué une comparaison des revenus avec et sans invalidité, afin d'établir si, malgré la capacité de travail entière dans une activité adaptée, la demanderesse subissait une perte de gain. Suivant la pratique et la jurisprudence relative à l'assurance-invalidité, la défenderesse s'est fondée sur les chiffres ressortant de l'Enquête sur la structure des salaires de l'Office fédéral des

statistiques, pour retenir que la demanderesse pourrait réaliser, dans une activité simple et répétitive ne nécessitant pas de formation, un salaire annuel de 53'664 fr. 10. Même en tenant compte d'une diminution de rendement de 25% due à son handicap, la perte de gain de la demanderesse ne dépasserait pas 1,19%, restant ainsi bien en deçà des 25% d'incapacité de travail assurés selon l'art. C1 al. 1 CGA.

Ce raisonnement est en tous points conforme à la détermination du degré d'invalidité applicable en matière d'assurance-invalidité (cf. à ce sujet ATF 130 V 348 consid. 3.4; 126 V 76 consid. 3 et 5); il n'est au demeurant nullement critiqué par la demanderesse.

- d) Pour le surplus, la Cour relève - dès lors que la demanderesse invoque également son contrat de travail à l'appui de sa demande - qu'elle n'est pas compétente pour statuer sur les éventuelles prétentions découlant du contrat de travail. Les engagements pris par l'employeur à l'égard de ses employés constituent des res inter alios acta, qui ne sont pas opposables à l'assurance.

En tous points infondée, la demande doit être rejetée.

5. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 114 let. e CPC).

\* \* \*

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

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare la demande recevable.

**Au fond :**

2. La 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 la voie du recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral (av. du Tribunal fédéral 29, case postale, 1000 Lausanne 14), conformément aux art. 72 ss LTF. Selon l'art. 74 LTF, dans les affaires pécuniaires, le recours n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 30'000 fr. (al. 1). Même lorsque la valeur litigieuse n'est pas atteinte, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (al. 2). Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Maryse BRIAND

Florence KRAUSKOPF

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers par le greffe le