

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3103/2007

ATAS/163/2011

ARRET

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

du 9 février 2011

4^{ème} Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée à Genève, mais faisant élection de domicile en l'étude de Me Maurizio LOCCIOLA

demanderesse

contre

AXA ASSURANCES SA, sise General-Guisan Strasse 40, 8401 Winterthur, mais faisant élection de domicile en l'étude de Me Michel BERGMANN

défenderesse

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Rosa GAMBA et Olivier LEVY, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame A _____, née en 1956, a travaillé en qualité de nettoyeuse pour le compte de X _____ SA (ci-après : l'employeur) depuis le 7 mai 2001. A ce titre, elle était assurée auprès de WINTERTHUR ASSURANCES (devenu depuis lors AXA WINTERTHUR SA ; ci-après : AXA) par le biais d'un contrat collectif pour une indemnité journalière en cas de maladie selon la loi sur le contrat d'assurance. Le contrat prévoit le versement de 80 % du salaire assuré dès le 61^{ème} jour d'incapacité de travail durant 730 jours (période d'attente déduite).
2. Le 13 juin 2001, alors qu'elle passait la machine à nettoyer le sol dans le magasin, pour éviter une cliente, elle a tiré ladite machine contre elle qui a heurté son genou gauche. L'assurée a immédiatement cessé le travail et s'est vu prodiguer les premiers soins par les urgences de l'Hôpital universitaire cantonal de Genève (ci-après : HUG). Un arrêt de travail complet du 14 juin (date du certificat médical) au 14 juillet 2001 a été attesté par le Dr L _____, médecin assistant.
3. Ce cas a été pris en charge par l'assureur-accidents obligatoire de l'assurée, à savoir ZURICH, COMPAGNIE D'ASSURANCES (ci-après : la ZURICH).
4. Le 16 juillet 2001, le Dr M _____, de la Policlinique de chirurgie des HUG, a rempli un certificat médical, mentionnant que sa patiente s'était fait écraser la jambe gauche avec une machine utilisée sur le lieu du travail. Il précisait une douleur et une impotence du membre inférieur gauche et constatait, au niveau du genou, une tuméfaction et une douleur à la palpation de la tête du péroné, un test méniscal négatif, un valgus positif et l'absence de signe de tiroir. Il a posé le diagnostic d'entorse moyenne de la cheville droite et fixait la reprise du travail au 15 juillet 2001.
5. L'employeur de l'assurée a signalé une rechute de l'accident du 13 juin 2001 le 8 août suivant. Selon la déclaration d'accident, l'intéressée a dû interrompre son travail le 3 août 2001 en raison d'une enflure du genou gauche.
6. Le Dr N _____ a fait procéder à un examen par résonance magnétique (IRM) le 7 août 2001, qui a conclu à une contusion osseuse du plateau tibial interne, une dégénérescence mucoïde de grade II de la corne postérieure du ménisque interne et un épanchement intra-articulaire avec plica synoviale.
7. Le 24 novembre 2001, le Dr O _____, spécialiste FMH en orthopédie, a diagnostiqué un status post-contusion osseuse du tibia (plateau interne) suite à une chute et une lésion du ménisque interne. L'évolution était défavorable. Il faisait par ailleurs état d'un discret début d'arthrose en tant que facteur antérieur à l'accident.

8. Ce médecin a procédé à une arthroscopie en décembre 2001. Il en est résulté les diagnostics suivants : lésion cartilagineuse de grade IV au condyle fémoral interne du genou gauche, lésion cartilagineuse de grade III à la facette interne de la rotule du genou gauche et lésion de grade II à la partie moyenne et à la corne postérieure du ménisque.
9. Le Dr O_____ a précisé que suite à l'arthroscopie (traitement par micro-fractures selon Steadmann au niveau du condyle interne et de la rotule gauche), l'évolution était marquée par une récupération très lente.
10. Le Dr P_____ a quant à lui relaté que l'assurée se plaignait toujours de douleurs au niveau du genou gauche, dont l'examen était pourtant tout à fait satisfaisant. Il qualifiait de traumatiques les lésions cartilagineuses, mais pas la lésion méniscale. Il y avait une relation de causalité entre les plaintes de la patiente et l'événement du 13 juin 2001. Néanmoins, l'évolution se faisait actuellement vers un état malade du genou. Enfin, il signalait une probable évolution vers une arthrose progressive du genou.
11. Par lettre du 17 décembre 2001 rédigée en ces termes : « Nous vous informons que nous mettons un terme au contrat qui nous lie, pour le 31 décembre 2001 et, ceci selon le délai légal. Nous vous prions d'en prendre bonne note, et vous présentons, Madame, nos salutations distinguées », l'employeur a résilié les rapports de service le liant à l'assurée.
12. Le 18 juillet 2002, cette dernière a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité sous la forme d'une rente auprès de l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Genève (ci-après : OAI). Ladite procédure a abouti à l'octroi d'une rente entière d'invalidité dès le 1^{er} juin 2002, puis d'un quart de rente à compter du 1^{er} février 2005 (décision du 31 janvier 2006 et décision sur opposition du 9 juillet 2010).
13. Le 23 septembre 2002, le Dr Q_____, spécialiste en radiologie, a pratiqué notamment un arthro-scanner du genou gauche. Cet examen lui a permis de conclure à un épanchement intra-articulaire, une dystrophie osseuse diffuse, une chondropathie rotulienne « grade III » avec arthrose fémoro-patellaire et un pincement du compartiment interne du genou avec sclérose et kystes synoviaux sous-chondraux de part et d'autre.
14. En date du 15 novembre 2002, l'assurée a été opérée par les Drs O_____ et P_____, qui ont posé les diagnostics de lésion cartilagineuse de IV^{ème} degré du condyle interne post-traumatique, status post-traitement par micro-fractures selon Steadmann du condyle interne et de la rotule et de lésion centrale du ménisque externe. Ils sont intervenus au moyen des techniques suivantes : ostéotomie de valgisation selon Puddu et allogreffe osseuse bicortiquée, micro-fractures selon

Steadmann du condyle interne et débridement a minima de la lésion cartilagineuse de la rotule, résection a minima de la corne postérieure du ménisque externe.

15. Le 10 juillet 2003, le Dr O_____ a signalé une persistance de douleurs diffuses dans la jambe gauche, une amélioration lente, ainsi qu'une fracture de vis à 4 mois et demi après l'opération avec déplacement secondaire actuellement en consolidation. Une nouvelle intervention chirurgicale était prévue.
16. L'intervention envisagée s'est déroulée le 29 octobre 2003 et a consisté en un traitement par micro-fractures selon Steadmann du condyle interne en antéro-interne, une résection des flaps cartilagineux instables et une chondroplastie du condyle interne du plateau tibial interne, l'ablation par instrumentation du matériel d'ostéosynthèse cassé puis allogreffe par os spongieux et mobilisation sous narcose. La perte de correction de l'ostéotomie était estimée à 10° sur fracture des implants ainsi que flexum secondaire de 15°.
17. Le Dr R_____, médecin-conseil de la ZURICH, a considéré le 29 janvier 2004 qu'au vu du diagnostic de contusion osseuse initialement posé, la contusion du cartilage décelée pouvait être admise comme une conséquence de l'accident. Eu égard aux complications lors de la guérison, il fallait s'attendre à une guérison lente, d'un minimum de 4 à 6 mois, avec une probable atteinte à l'intégrité.
18. Le 14 juin 2004, le Dr S_____, spécialiste en chirurgie, a rendu un rapport d'expertise à la demande de l'OAI. Il a estimé que, sur le plan médical, la situation n'était pas stabilisée, l'état du genou gauche n'étant pas satisfaisant avec flexum et limitation de la flexion, atrophie massive du quadriceps et perte de correction de la valgisation. Le pronostic était sombre et une ré-ostéotomie, voire vu le contexte, une arthroplastie totale du genou, devraient être envisagées.
19. Le Dr O_____ a mentionné, dans un avis du 21 août 2004, que l'éventualité d'une ré-ostéotomie était à discuter et que le cas ne serait stabilisé que lorsque le stock osseux serait suffisant et que la patiente serait prête pour une ré-opération.
20. Sur mandat de la ZURICH, le Dr T_____, spécialiste en orthopédie et chirurgie FMH, a rendu un rapport d'expertise en date du 12 septembre 2005. Il a posé les diagnostics suivants : status après contusion du genou gauche ; status après trois opérations (arthroscopie avec micro-fractures cartilagineuses de la rotule, du condyle fémoral interne et du plateau tibial interne, status après ostéotomie de valgisation de la tête tibiale gauche et status après AMO) ; flexum résiduel par consolidation de l'ostéotomie en flexum et abaissement de la rotule. En ce qui concerne la causalité naturelle entre les troubles présentés et l'accident du 13 juin 2001, il a estimé que cette dernière était possible mais non vraisemblable. La surcharge pondérale et l'habitus en varus du genou lui semblaient jouer un rôle prépondérant, ces deux facteurs pouvant très bien, combinés l'un avec l'autre, entraîner une surcharge chronique du compartiment interne du genou. La localisation des lésions cartilagineuses et

leur importance six mois après l'accident parlaient plutôt en faveur de lésions dégénératives progressives. Enfin, l'accident décrit ne paraissait pas expliquer d'une manière probante l'évolution entre 2001 et 2005. Quant à l'évolution, elle avait été difficile ; l'ostéotomie de valgisation avait une indication tout à fait logique et raisonnable. Malheureusement, elle avait consolidé avec une bascule du plateau tibial en arrière et une légère diminution de la correction espérée. Une nouvelle intervention lui paraissait nécessaire et consistait en le seul traitement médical envisageable, qui n'était donc pas terminé. La capacité de travail était nulle dans une profession en permanence debout, telle que celle préalablement exercée. Ladite incapacité de travail n'était toutefois pas vraisemblablement imputable à l'accident. Le Dr T_____ a fixé le statu quo sine au 3 décembre 2001, date de l'arthroscopie ayant permis de poser un diagnostic précis des lésions du genou gauche.

21. Le 23 septembre 2005, la ZURICH a signifié à l'assurée la fin du versement des prestations de l'assurance-accidents à compter du 31 octobre 2005. Elle a considéré que le statu quo sine avait été atteint au 3 décembre 2001 et que la relation de causalité entre l'accident assuré, du 13 juin 2001, et les troubles présentés à compter de cette date n'était que possible. L'assurance a toutefois renoncé à réclamer le remboursement des indemnités journalières et autres prestations versées ultérieurement.
22. Dans un avis médical adressé au conseil de l'assurée, le Dr O_____ a fait savoir qu'il ne partageait pas l'avis de son confrère expert, le Dr T_____. Il a notamment exposé que les lésions cartilagineuses du condyle interne comme de la rotule étaient des lésions localisées et tout à fait compatibles avec un choc direct du genou ; aucun signe de gonarthrose n'avait été mis en évidence lors de l'arthroscopie initiale du 3 décembre 2001. Il ne s'agissait pas d'une gonarthrose diffuse ni d'une gonarthrose varisante sur défaut en varus bien que ceci puisse aggraver une lésion cartilagineuse traumatique du compartiment interne par la suite. Il n'y avait pas eu de symptômes de ce genou ni de l'autre avant l'accident. Par ailleurs, l'IRM effectuée en août 2001 avait clairement mis en évidence une contusion osseuse notamment du plateau tibial interne gauche, constatation connue pour témoigner d'un choc violent et important, compatible avec des lésions cartilagineuses focalisées. Il s'ensuivait que les troubles de santé présentés par l'assurée étaient en relation de causalité avec l'accident.
23. L'expert a pris position suite aux propos du Dr O_____ et a maintenu ses conclusions. Pour ce faire, il s'est en particulier appuyé sur les éléments suivants : la patiente n'avait consulté pour la première fois que le lendemain de l'accident, soit le 14 juin 2001 et le Dr M_____, des HUG, avait mentionné une reprise de travail dès le jour suivant, le 15 juin 2001. Sur le même certificat, le genou passait au second plan dans la description des constatations et n'était pas mentionné dans le diagnostic. Le rapport opératoire du 3 décembre 2001 mentionnait des lésions cartilagineuses du condyle interne comme ayant atteint la surface de charge du condyle interne de même que la face interne de la facette articulaire rotulienne.

24. Le 15 septembre 2006, la ZURICH a confirmé par décision sa position et a nié la persistance d'un lien de causalité entre les troubles et l'événement accidentel au-delà du 3 décembre 2001.
25. L'opposition formée par l'assurée a été rejetée par décision sur opposition du 23 novembre 2006, dans laquelle la ZURICH a toutefois précisé qu'elle renonçait à requérir le remboursement des prestations versées à tort au-delà du 3 décembre 2001.
26. Le recours interjeté le 23 février 2007 par A_____ contre cet acte a été rejeté par le Tribunal cantonal des assurances sociales du 13 janvier 2010 (arrêt ATAS/7/2010), qui a retenu que le lien de causalité entre l'événement accidentel et les plaintes de l'intéressée ne subsistait pas au-delà du 3 décembre 2001.

Pour ce faire, il s'est fondé sur une expertise judiciaire orthopédique confiée au Dr U_____, membre du Groupe d'experts « genou » de la Société suisse d'orthopédie. Les diagnostics posés par ce spécialiste sont : un status post décompensation douloureuse de troubles dégénératifs pré-existants au niveau fémoro-patellaire et fémoro-tibial interne suite à cette contusion ; un status post ostéotomie de valgisation du tibia proximal gauche avec augmentation chirurgicale de la pente tibiale et abaissement concomitant de la rotule ; un status post non-consolidation et débricolage de l'ostéotomie avec perte de la correction de départ ; un status post multiples arthroscopies de débridement et de micro-fractures selon Steadmann au niveau fémoro-tibial interne et fémoro-patellaire ; un status post ostéotomie de déflexion du tibia proximal gauche et une gonarthrose tricompartmentale du genou gauche.

Pour le médecin, seuls les deux premiers diagnostics, soit la contusion du genou par la machine de nettoyage industriel et la décompensation douloureuse de lésions dégénératives pré-existantes pouvaient avoir un lien de causalité naturel vraisemblable avec l'événement du 13 juin 2001. Il a considéré que les clichés radiologiques à disposition démontraient clairement que la patiente présentait déjà ces lésions dégénératives avant l'accident et que celui-ci n'avait fait que créer un phénomène de décompensation douloureuse, cas de figure fréquent. Les lésions cartilagineuses constatées lors de l'arthroscopie du 3 décembre 2001 étaient des lésions localisées avec caractère arthrogène ; il s'agissait d'arthrose débutante puisque les lésions étaient encore localisées mais déjà profondes (classées grade IV notamment au niveau du condyle interne). Le genou varus et le surpoids de la recourante étaient deux facteurs prédisposant à développer des troubles dégénératifs et ils représentaient également des facteurs aggravants sur les douleurs suite à un accident, ainsi que des facteurs d'évolution négative en post opératoire. Leur influence était certaine, mais non quantifiable. En ce qui concernait précisément le choc survenu le 13 juin 2001, il était effectivement susceptible d'entraîner une tuméfaction du genou, de même qu'une contusion osseuse. Cela étant, il ne semblait pas possible de parler

dans le cas d'espèce de contusion osseuse, mais bien plutôt d'œdème de surcharge du compartiment interne dans le cadre d'un varus et d'un surpoids sur des lésions dégénératives. Enfin, le choc n'était, de l'avis de l'expert, pas susceptible d'entraîner des lésions telles que celles constatées au niveau du cartilage (en particulier à l'arrière du genou) ; il aurait fallu un mouvement de rotation violent en flexion. L'ensemble de la pathologie témoignait d'un processus cohérent, mais la tuméfaction et les douleurs présentées par la patiente étaient une décompensation douloureuse de lésions dégénératives pré-existantes suite à un choc n'étant pas de nature à les créer. Le processus dégénératif ne nécessitait pas la constatation d'autres lésions pour être confirmé. Il était usuel que des lésions dégénératives ne provoquent aucune douleur jusqu'à ce qu'un accident banal crée une symptomatologie douloureuse. Le médecin a encore précisé qu'il était très habituel que des personnes constatent l'apparition de douleurs avec ou sans notion de traumatisme et qu'une arthrose radiologique très avancée soit alors mise en évidence. La surcharge pondérale était un des facteurs prédisposant à développer des troubles dégénératifs du compartiment antérieur (rotule et trochlée), mais de façon moins importante que pour les compartiments fémoro-tibiaux. Le fait que le genou droit soit sain ne jouait aucun rôle, l'arthrose n'étant pas systématiquement bilatérale.

Vu l'état du genou, la capacité de travail demeurait nulle, mais elle pouvait être entière après reconversion dans une activité sédentaire sans port de charge, sans déplacement en montée, en descente d'escaliers, en terrain irrégulier et sans station debout ou assise prolongée. L'amélioration de la capacité de travail dépendait uniquement de la motivation de l'assurée à reprendre le travail dans une profession compatible avec son handicap. En outre, la capacité de travail pouvait également être améliorée par des mesures médicales sous la forme de la pose d'une prothèse totale du genou gauche. Bien que la patiente soit jeune, son cas était sans issue sur le plan thérapeutique, vu les douleurs invalidantes, la nécessité de se déplacer avec deux cannes et une mobilité très réduite de l'articulation. Le pronostic de l'expert était sombre tant sur le plan objectif et médical que sur le plan psychologique et subjectif de la patiente.

Les douleurs et les limitations fonctionnelles suite à l'accident étaient multifactorielles, la cause principale en étant les lésions du cartilage. Pour terminer, l'expert a considéré les plaintes de l'intéressée tout à fait justifiées, au vu de l'examen de son genou et de l'analyse de ses radiographies actuelles.

27. En raison de la suppression des prestations par la ZURICH, l'assurée a demandé à AXA, par courrier de son mandataire du 19 décembre 2005, de prendre en charge son cas dès le 1^{er} novembre 2005 en tant qu'assureur-maladie perte de gain.
28. Elle a réitéré sa requête par plis des 6 février, 20 juin et 7 décembre 2006.

29. Le 11 juillet 2007, AXA a fait savoir à l'assurée qu'il s'avérait qu'au moment où avait débuté l'affection médicale, soit le 1^{er} novembre 2005, elle ne faisait plus partie du personnel de son employeur, le contrat de travail ayant pris fin au 31 décembre 2001. Par conséquent, il n'était pas possible de la mettre au bénéfice des prestations contractuelles.
30. Agissant par l'intermédiaire de son conseil, l'assurée a déposée une demande en paiement dirigée contre AXA en date du 14 août 2007. Elle y conclut, sous suite de dépens, à la condamnation de l'assurance à lui verser la somme de 76'247 fr. avec intérêts à 5 % à compter du 1^{er} octobre 2006, les indemnités journalières jusqu'à l'échéance de la période de 720 jours, ainsi que le montant de 1'147 fr. 70 représentant les honoraires d'avocat pour la période précédant l'ouverture de la procédure contentieuse. Dans son argumentaire, elle fait valoir que si son incapacité de travail, qui est entière, n'est pas du ressort de l'assureur-accidents, elle constitue un cas de maladie en application des conditions générales d'AXA. Selon ces dernières également, lorsqu'un assuré sort de l'assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des personnes assurées, il a le droit de passer dans l'assurance individuelle de l'assureur. Au moment où la personne quitte l'entreprise, celle-ci, en sa qualité de preneur d'assurance, doit l'informer de son droit de passage dans l'assurance individuelle et du délai dans lequel il doit le faire. De l'avis de la demanderesse, le preneur d'assurance joue le rôle d'un auxiliaire et ses manquements engagent la responsabilité de l'assureur. Or, l'intéressée expose qu'elle n'a pas été informée de son droit de passage au sein de l'assurance individuelle, raison pour laquelle elle ne l'a pas fait valoir. Elle considère par conséquent que les conséquences dommageables de l'exécution imparfaite du contrat stipulé en sa faveur sont imputables à AXA. Le dommage consiste en l'espèce en la non-obtention des indemnités journalières qui lui auraient été dues si elle avait pu faire valoir son droit de passage dans l'assurance individuelle perte de gain d'AXA ; elles peuvent être calculées sur la base des conditions générales d'assurance au moyen de la formule 41'600 (salaire annuel brut) : 365 jours x 669 jours, ce qui donne un total de 76'247 fr.
31. Par lettre du 18 septembre 2007, AXA, sous la plume de son mandataire, a requis la suspension de la procédure jusqu'à droit connu dans celle opposant la demanderesse à la ZURICH.
32. L'assurée n'ayant pas soulevé d'objection à ladite requête, la suspension de la procédure a été prononcée par ordonnance du 2 octobre 2007, puis par ordonnances des 7 octobre 2008 et 16 octobre 2009.
33. Suite à l'arrêt de la Juridiction de céans dans l'affaire accidents, la demanderesse a demandé la reprise de la procédure par lettre du 2 mars 2010.

34. Dans son mémoire de réponse du 16 avril 2010, la défenderesse fait tout d'abord valoir que le droit aux prestations, s'il devait être reconnu, aurait pris naissance le 4 décembre 2001, soit le lendemain de la date de la rupture du lien de causalité entre les plaintes de l'intéressée et son accident. Il s'ensuit que les prestations seraient de toute manière prescrites à la date de la demande, même s'il fallait encore tenir compte, en sus, du délai d'attente de 60 jours (la prescription étant dans ce cas reportée au 3 février 2004). Ensuite, l'assurance fait remarquer que la ZURICH a déjà couvert toute éventuelle perte de gain pour la période pendant laquelle elle serait tenue d'indemniser son assurée, puisque l'assureur-accidents a renoncé à réclamer la restitution des prestations versées à tort jusqu'au 31 octobre 2005. A ce sujet, elle expose que les prestations qu'elle sert sont subsidiaires à celles servies par des assurances sociales notamment et qu'en pareil cas, elle n'intervient que pour compléter ces prestations dans les limites de ce qui est à sa charge jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière assurée. Il en découle que de toute évidence le montant réclamé par l'assurée est beaucoup trop élevé (eu égard aux prestations versées par l'assurance-accidents et l'assurance-invalidité), si tant est qu'une prestation soit due. Enfin, AXA conteste l'incapacité totale de travail, considérant que la capacité de travail est en réalité entière après reconversion dans une activité adaptée. En relation avec les allégations de la demanderesse, aux termes desquelles elle n'aurait pas été informée de son droit de passer dans l'assurance individuelle, la défenderesse considère que l'intéressée est de mauvaise foi, dès lors qu'au moment de son engagement (antérieur de huit mois seulement à son licenciement) elle a reçu de son employeur un memento édité par AXA mentionnant expressément le droit de passage dans l'assurance individuelle en cas de résiliation des rapports de travail (Memento de l'assurance indemnité journalière en cas de maladie). L'employeur a confirmé ce fait dans un courrier du 19 janvier 2007, à l'occasion duquel il a également précisé que l'intéressée n'ayant jamais restitué ses affaires, la feuille de sortie ne lui avait pas été remise. De surcroît, c'est à tort que la demanderesse s'adresse à l'assureur perte de gain en cas de maladie pour faire valoir un défaut d'information. En effet, c'est l'employeur qui est responsable d'une telle (éventuelle et non réalisée en l'espèce) violation de ses obligations, AXA ayant mis à disposition de l'employeur la documentation nécessaire pour que ce dernier puisse se conformer à son obligation (Memento). Dès lors, la défenderesse estime non seulement n'être responsable d'aucun manquement, mais encore ne pas avoir la légitimation passive dans le présent procès. Pour terminer, la défenderesse fait valoir que le contrat d'assurance qui la lie avec l'employeur de l'assurée ne prévoit pas la prise en charge des frais d'avocat avant procès. En conséquence, la conclusion y relative de l'intéressée est dénuée de fondement et doit également être rejetée.
35. Par ordonnance du 20 avril 2010, la Présidente de la 4^{ème} Chambre a décidé de la reprise de l'instruction de la cause, notamment.
36. Invitée à répliquer, la demanderesse a, dans ses écritures du 19 mai 2010, allégué ne pas avoir reçu, à son engagement, le memento dont fait état la défenderesse.

Quoi qu'il en soit, cela ne dispensait pas l'employeur de l'informer de ses droits au moment de la fin des rapports de service. En ce qui concerne l'exception de prescription, elle fait remarquer, s'appuyant sur les conditions générales de la défenderesse, que le délai de prescription de deux ans ne commence à courir qu'au moment de la constatation, par un médecin, d'une incapacité de travail due à une maladie. Or, ce n'est que dans l'expertise du Dr T_____ du 26 août 2005 qu'il a été établi, pour la première fois, que l'incapacité de travail de l'assurée n'était pas d'origine accidentelle, mais malade. Ayant déposé son action le 14 août 2007, la demanderesse considère avoir interrompu le délai de prescription à temps. Ensuite, dans la mesure où les prestations qu'elle fait valoir débutent le 1^{er} novembre 2005, soit à un moment où elle n'a plus perçu aucune prestation de l'assurance-accidents, la demanderesse nie toute surindemnisation. Quant à l'incapacité de travail, elle maintient que celle-ci est totale, l'exercice d'une activité adaptée - dont la possibilité est niée de même que l'existence - supposant de toute manière la mise en œuvre d'une reconversion professionnelle qui n'a jamais été effectuée, il ne saurait en être tenu compte.

37. Avant de dupliquer, la défenderesse a sollicité, par courrier du 8 juin 2010, la production des pièces de la procédure judiciaire en matière d'assurance-accidents (A/708/2007) ainsi que de l'intégralité du dossier de l'assurance-invalidité.
38. Par ordonnance du 28 juin 2010, le Tribunal des assurances sociales a ordonné l'apport de la procédure A/708/2007 et a invité la ZURICH et l'OAI à transmettre les pièces requises par la défenderesse.
39. La défenderesse a persisté dans ses conclusions par duplique du 18 août 2010. Elle a néanmoins relevé ce qui suit :
 - Selon le dossier de l'assurance-invalidité, la demanderesse admettait une capacité de travail à 50% dans une activité adaptée une fois son état de santé stabilisé. Par décision sur opposition du 9 juillet 2010, confirmant une décision du 31 janvier 2006, l'OAI a mis la demanderesse au bénéfice d'un quart de rente d'invalidité fondé sur une invalidité de 44%. Cette décision se basait sur le rapport d'expertise du Dr V_____, spécialiste FMH en rhumatologie, médecine physique et réhabilitation et pathologie du sport, du 11 décembre 2008, à teneur de laquelle la demanderesse disposait d'une capacité de travail à raison de cinq heures par jour, avec une diminution de rendement d'environ 10%. Suite au recours de la demanderesse, une procédure est actuellement pendante par-devant le Tribunal des assurances sociales, devenu depuis le 1^{er} janvier 2011, la Chambre des assurances sociales.
 - A teneur du dossier de l'assurance-accidents, le statu quo sine a été atteint le 3 décembre 2001. S'agissant de la capacité de travail de la demanderesse, elle pourrait être entière après reconversion dans une activité sédentaire, répondant à

certaines limitations. Quant à l'amélioration de la capacité de travail, elle dépendait uniquement de la motivation de la demanderesse.

40. La duplique a été communiquée à la demanderesse. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. C9 des conditions générales d'assurances (CGA) de la défenderesse, édition du mois de mai 1999, l'assurance en cause dans le présent litige est soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA ; RS 221.229.1).

Selon l'art. C8 CGA, le preneur d'assurance ou l'ayant droit peut intenter une action contre la défenderesse à son lieu de domicile suisse ou à Winterthur.

A teneur de la jurisprudence, la compétence se détermine, conformément au principe de la *perpetuatio fori*, en fonction de la date d'ouverture de la procédure (ATF 130 V 90 consid. 3.2, 129 III 406 consid. 4.3.1).

Jusqu'au 31 décembre 2010, ce type d'élection de for était admissible en vertu de l'art. 9 de la loi fédérale sur les fors en matière civile, du 24 mars 2000 (Loi sur les fors, LFors ; RS 272) par renvoi de l'art. 46a LCA. Avec l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2011, du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272) unifiant la procédure civile, la LFors a été abrogée (annexe 1 au CPC, RO 2010 1739, p.1836) et la compétence à raison du lieu des tribunaux est désormais régie par les art. 9 et ss CPC. Même si l'art. 46a LCA n'a pas été modifié en conséquence, l'élection de for prévue par l'art. C8 CGA paraît admissible en application de l'art. 17 CPC.

En l'espèce, la demanderesse est domiciliée à Genève de sorte que les juridictions genevoises sont compétentes à raison du lieu compte tenu de l'élection de for prévue par l'art. C8 CGA en ce qui concerne les prétentions relevant du contrat d'assurance. En effet, lors du dépôt de la demande, le 14 août 2007, la LFors était encore applicable de sorte que l'élection de for prévue par l'art. C8 CGA était admissible.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 4 et let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, en instance unique, des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la LAMal relevant de la loi fédérale sur la

contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (loi sur le contrat d'assurance, LCA; RS 221.229.1).

Dès le 1^{er} janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009).

Le Tribunal des assurances sociales, et depuis le 1^{er} janvier 2011, la Chambre des assurances sociales, sont ainsi saisis 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. Le Tribunal des conflits a par ailleurs expressément constaté la compétence du Tribunal des assurances sociales en matière d'assurances d'indemnités journalières soumises à la LCA (cf. ACOM/42/2006 du 13 juin 2006 et ACOM/55/2005 du 26 août 2005), ce qui a été confirmé par le Tribunal fédéral (arrêt 5P.359/2006 du 8 février 2007).

Cela étant, il sied de préciser que depuis le 1^{er} janvier 2011, le contentieux en matière d'assurances complémentaires à la LAA doit être porté devant le Tribunal administratif de première instance (TAPI), la Cour de céans ne connaissant que des recours contre les décisions rendues par le TAPI (cf. art. 134 al. 2 LOJ).

Dès lors que la demanderesse requiert le paiement d'un dommage résultant d'une violation, par la défenderesse, de ses devoirs contractuels et légaux en matière d'assurance perte de gain en cas de maladie, soumise à la LCA, la Chambre de céans est compétente à raison de la matière.

3. La LCA a subi des modifications. La nouvelle du 17 décembre 2004 (FF 2003 3353) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, respectivement le 1^{er} janvier 2007. Du point de vue temporel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits. Dès lors les dispositions de la LCA seront citées dans leur teneur en vigueur au moment des faits déterminants (ATF 130 V 446 consid. 1, 129 V 4 consid. 1.2).
4. Le présent litige porte sur le droit de la demanderesse au paiement de 76'247 fr., correspondant aux indemnités journalières réclamées pour la période du 1^{er} novembre 2005 au 31 août 2007, ainsi qu'au versement d'indemnités journalières jusqu'à échéance de la période de 720 jours.
5. Pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (LAMal ; RS 832.10), 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 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance - LSA ; RS 961.01). En introduisant cet allègement de procédure, le législateur s'est inspiré des dispositions de droit fédéral motivées par des buts de poli-

tique sociale en matière de baux à loyer (art. 274d du code des obligations - CO ; RS 220), de baux à ferme (art. 301 CO) et de contrats de travail (art. 343 CO; ATF 127 III 421 consid. 2 et les références). Selon la jurisprudence rendue en matière de contrat de travail et de bail, 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. Ce principe n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. Le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces; il 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 plaire l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a p. 238).

Comme l'a précisé le Tribunal fédéral des assurances dans sa jurisprudence relative à l'appréciation des preuves dans le domaine médical, le principe de la libre appréciation des preuves signifie que le juge apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Dès lors, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (arrêt du TF non publié 4A.253/2007 du 13 novembre 2007, consid. 4.2). En présence de rapports médicaux contradictoires, le juge ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. L'élément déterminant pour la valeur probante d'un rapport médical n'est ni son origine, ni sa désignation, mais son contenu. A cet égard, il importe que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description des interférences médicales soit claire et, enfin, que les conclusions de l'expert soient bien motivées (ATF 125 V 351 consid. 3, arrêt du TF non publié 4A.45/2007 du 12 juin 2007, consid. 5.1).

En ce qui concerne les rapports établis par les médecins traitant, 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).

Une expertise n'a pas de valeur probante 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 (arrêt du TF non publié 5P.76/2006 du 26 septembre 2006, consid. 2.1).

6. En matière d'assurances complémentaires, les parties sont liées par l'accord qu'elles ont 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 al. 1 LCA renvoie au Code des obligations (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse – CO ; RS 220) 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 et 117 II 609 consid. 6c).

En l'espèce, l'employeur en tant que preneur d'assurance et la défenderesse en qualité d'assureur ont conclu un contrat d'assurance-maladie collective pour l'indemnité journalière selon la LCA. Par cette convention, la demanderesse était couverte pour le risque de perte de gain due à la maladie. Il s'agit d'une assurance au profit de tiers (art. 18 al. 3 LCA), qui confère un droit propre au bénéficiaire (i.e. le travailleur) contre l'assureur en vertu de l'art. 87 LCA (arrêt du TF non publié du 12 septembre 2007, 4A.179/2007 consid. 4.2).

La demanderesse n'était ainsi pas partie à cet accord, même s'il instituait en sa faveur une créance indépendante contre la défenderesse dès la survenance du cas d'assurance.

7. A titre liminaire, la Cour de céans relève que les parties semblent s'accorder sur le fait que la couverture d'assurance a cessé avec la fin des rapports de travail le 31 décembre 2001. En effet, la demanderesse fonde son action sur la responsabilité contractuelle (art. 97 et ss CO) de la défenderesse en raison du défaut d'information sur le droit de passage dans l'assurance individuelle et nullement sur le versement rétroactif d'indemnités journalières fondées sur le contrat d'assurance (voir notamment demande en paiement du 13 août 2007, p. 15, 17 et 18 et réplique du 19 mai 2010, p. 7 et 8).

Dans un soucis d'exhaustivité, la Cour de céans examinera tout de même cette question de la couverture.

Dans l'assurance privée selon la LCA, le droit aux prestations ne dépend pas d'une affiliation. Si le sinistre survient pendant la période de couverture, l'assureur doit verser les prestations convenues jusqu'à épuisement, aussi longtemps qu'elles sont justifiées selon les clauses conventionnelles ; la seule limite que connaisse la cou-

verture réside non dans la fin des relations contractuelles, mais dans la durée des prestations convenues (MEUWLY, La durée de la couverture d'assurance privée, thèse, Fribourg, 1994, p. 185). Partant, en l'absence de clauses conventionnelles limitant ou supprimant le droit aux prestations au-delà de la période de couverture, l'assuré qui, après un événement ouvrant le droit aux prestations, sort d'une assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat, peut faire valoir son droit aux prestations également pour les suites de l'événement qui se produisent après l'extinction du rapport d'assurance (MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3ème éd., 1995, p. 240).

Dans le cas d'espèce, en vertu de l'art. A4 CGA, la couverture d'assurance prend effet pour chaque assuré à la date d'entrée en vigueur du contrat de travail et cesse notamment à sa sortie du cercle des assurés. Conformément à l'art. C7 ch. 1 CGA, tout assuré résidant en Suisse a le droit de passer dans l'assurance individuelle de la défenderesse, notamment s'il quitte le cercle des assurés. Il doit cependant faire valoir son droit de passage dans un délai de trois mois.

La demanderesse ayant été licenciée avec effet au 31 décembre 2001, la couverture d'assurance a cessé à cette même date en application de l'art. A4 CGA. Se pose cependant la question du transfert dans l'assurance individuelle. Dès lors qu'elle n'a pas entrepris les démarches pour être transférée dans l'assurance individuelle, la demanderesse n'était plus couverte par une assurance complémentaire en matière de perte de gain au mois d'août 2005, date à laquelle le Dr T_____ a constaté que l'incapacité de travail était due à une maladie.

A cela s'ajoute le fait que l'art. 71 al. 2 LAMal, qui prévoit notamment que l'assureur doit faire en sorte que l'assuré soit renseigné par écrit sur son droit de passage dans l'assurance individuelle et que s'il omet de le faire, l'assuré reste dans l'assurance collective - disposition que certains auteurs souhaitent voir appliquer dans le cadre de l'art. 100 al. 2 LCA- ne saurait trouver application dans le cas d'espèce. En effet, le renvoi aux art. 71 al. 1 et 73 LAMal prévu par l'art. 100 al. 2 LCA n'est applicable qu'aux chômeurs au sens de l'art. 10 LACI. Or, selon cette disposition, pour être au chômage complet ou partiel, l'assuré doit chercher à exercer une activité à plein temps ou temps partiel, ce qui n'était pas le cas de la demanderesse lors de la fin de ses rapports de travail dès lors qu'elle percevait des indemnités journalières de l'assurance-accidents. A noter que dans un arrêt non publié 4A_354/2009 du 23 décembre 2009, le Tribunal fédéral a confirmé cette approche.

Compte tenu de ce qui précède, force est de constater que la demanderesse n'était pas couverte, lors de la réalisation du sinistre, par une assurance perte de gain proposée par la défenderesse.

8. Il sied, par conséquent, de déterminer si la défenderesse peut être tenue pour responsable de l'absence d'information donnée par l'employeur. En effet, pour la demanderesse, ce dernier doit être considéré comme étant l'auxiliaire de la défenderesse, de sorte que tout manquement de sa part engage la responsabilité de cette dernière.

a) Selon l'art. 324a al. 1 CO, si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des raisons inhérentes à sa personne, telles que notamment la maladie, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois. Pendant la première année de service, l'employeur est tenu de payer le salaire de trois semaines (art. 324a al. 2 CO). Il peut toutefois être dérogé aux prescriptions précitées par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective à condition que des prestations au moins équivalentes soient accordées au travailleur (art. 324a al. 4 CO).

Il arrive ainsi fréquemment que l'employeur choisisse de conclure une assurance couvrant le risque de la perte de gain en raison de la maladie, sous la forme d'une assurance sociale d'indemnités journalières régie par les art. 67 à 77 LAMal ou d'une assurance d'indemnités journalières soumise à LCA (arrêt 5C.41/2001 du 3 juillet 2001 consid. 2b/bb).

b) En pratique, les parties ne concluent guère d'assurance collective d'indemnités journalières selon les art. 67 ss LAMal (STREIFF/ VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 2006, n. 13 ad art. 324a/b CO, p. 285).

Lorsqu'une telle assurance est toutefois conclue, que les conditions prévoient que la couverture d'assurance s'éteint lors de la cessation des rapports de travail et que l'incapacité de travail perdure au-delà de cette date, des prestations ne doivent être fournies que si et tant que le travailleur concerné reste, par son passage dans l'assurance individuelle, membre de la caisse-maladie (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 100/96 du 23 septembre 1997, reproduit in SVR 1998 KV 5 13, consid. 5c). En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances - critiquée par certains (cf. notamment MAURER, Das neue Krankenversicherungsrecht, 1996, p. 42) -, le droit aux prestations d'un assureur-maladie est lié à l'affiliation; à l'extinction du rapport d'assurance, le droit aux prestations n'est plus donné et il est mis fin à celles éventuellement en cours (ATF 125 V 106 consid. 3 et les références citées). C'est pourquoi l'art. 71 LAMal prévoit que lorsqu'un assuré sort de l'assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat ou parce que le contrat est résilié, il a le droit de passer dans l'assurance individuelle de l'assureur. L'assureur doit faire en sorte que l'assuré soit renseigné par écrit sur son droit de passage dans l'assurance individuelle; s'il omet de le faire, l'assuré reste dans l'assurance collective. L'assuré doit faire valoir son droit de passage

dans les trois mois qui suivent la réception de la communication (art. 71 al. 2 LA-Mal).

c) En matière d'assurance privée selon la LCA, il n'y a pas de disposition légale qui obligerait l'assureur à garantir à l'assuré qui sort de l'assurance collective le droit de passer dans l'assurance individuelle. Cela étant, un tel droit est souvent prévu par les conditions générales d'assurances (MEIER / FINGERHUTH, Krankentaggeld statt Lohnfortzahlung, Plädoyer 1999/3, p. 26ss, p. 32), comme en l'occurrence.

La Cour de céans constate également qu'aucune disposition légale n'impose à l'assureur le devoir d'informer l'assuré de son droit de passage dans l'assurance individuelle, contrairement à ce qui prévaut pour l'employeur conformément à l'art. 331 al. 4 CO (s'agissant de ce dernier, voir BRUNNER/ BÜHLER/ WAEBER/ BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 2004, n° 8 ad art. 331 CO, p. 192; STREIFF/ VON KAENEL, op. cit., n. 13 ad art 324a/b CO, p. 286 et références; arrêt de la Cour d'appel des prud'hommes du canton de Genève du 27 octobre 2005, JAR 2006, p. 461, c. 24-26 et références ; arrêt non publié 4A_186/2010 du 3 juin 2010).

S'agissant de la question du droit d'information, certains auteurs estiment que l'assureur est tenu d'informer l'assuré de son droit de passage dans l'assurance individuelle mais que ce devoir est souvent délégué à l'employeur par le biais des conditions générales (voir MEIER / FINGERHUTH, op.cit., p. 32 ; PAPA, Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnfortzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen, in ArbR 2009, p. 69 et ss et les références citées). D'autres auteurs se réfèrent à l'article de MEIER / FINGERHUTH sans toutefois se prononcer (voir notamment STREIFF/ VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 2006, n. 13 ad art. 324a CO, p. 286 et par NEF, in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), 2001, n° 3 ad art. 100).

Quant au Tribunal fédéral, il a considéré que l'assureur perte de gain n'avait aucun devoir légal (« gesetzliche Pflicht ») d'informer l'assuré sur son droit au passage dans l'assurance individuelle. Il a refusé d'étendre aux assurances privées les principes des assurances sociales, cette problématique étant du ressort du législateur (arrêts 5C.41/2001 du 3 juillet 2001 consid. 2 et 5C.273/2001 du 4 février 2002, consid. 3c). Dans un arrêt récent, il a encore confirmé sa position : l'assureur appliquant la LCA n'a pas les mêmes devoirs d'information que ceux prévus pour l'assurance sociale (arrêt non publié 4A_373/2010 du 10 novembre 2010).

C'est le lieu de relever, dans ce contexte, que la LCA a été modifiée à plusieurs reprises depuis 2004. Toutefois, malgré les critiques doctrinales, le législateur n'a pas

souhaité imposer à l'assureur perte de gain appliquant la LCA un devoir d'information similaire à celui qui est prévu par l'art. 71 al. 2 LAMal.

d) A teneur de l'art. 101 al. 1 CO, celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des travailleurs, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail.

L'application de cette disposition suppose tout d'abord qu'il existe un rapport d'obligation préalable entre le débiteur et le créancier, rapport qui peut résulter d'un contrat, de la loi ou de pourparlers précontractuels (WIEGAND, Commentaire bâlois, Obligationenrecht I, 2007., n° 4 ad art. 101 CO; THEVENOZ, Commentaire romand, Code des obligations I, 2003, n° 19 ad art. 101 CO). L'auxiliaire, pour entraîner la responsabilité du débiteur, doit enfreindre une obligation de ce dernier à l'égard du créancier, qu'elle soit principale ou seulement accessoire (THEVENOZ, op. cit., n° 5 ad art. 101 CO). L'auxiliaire doit agir du consentement du débiteur, et non pas à son insu; il suffit cependant que le débiteur ait conscience qu'un tiers exécute en tout ou partie ses obligations (ATF 99 II 46 consid. 1 p. 48; 70 II 215 consid. 4 p. 220).

L'art. 101 al. 1 CO rend le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il n'avait pas confié l'exécution de ses devoirs contractuels à un auxiliaire. Mais il faut alors que l'auxiliaire provoque le dommage dans l'accomplissement de son travail, et non à l'occasion de celui-ci. En d'autres termes, il doit exister une relation directe et fonctionnelle entre l'activité confiée à l'auxiliaire et le dommage que celui-ci cause au créancier (arrêt 4C.394/2006 du 24 avril 2007 consid. 4.2; THÉVENOZ, op. cit., n° 23 ad art. 101 CO; WIEGAND, op. cit., n° 10 ad art. 101 CO; cf. aussi en rapport avec l'art. 55 al. 1 CO qui prévoit la même condition: ATF 95 II 93 consid. II/4a p. 106).

e) En l'espèce, il n'y a aucun rapport d'obligation préalable entre la défenderesse et la demanderesse. En effet, aucun contrat n'a été conclu entre eux. L'art. 87 LCA invoqué par la demanderesse ne lui confère qu'un droit d'action directe contre l'assureur, mais ne crée pas un rapport d'obligation préalable, le but de cette disposition étant uniquement de protéger la personne malade contre des défaillances du preneur d'assurance pouvant réduire ou supprimer son droit aux prestations (par exemple, non-respect des obligations, prescription, etc.).

En outre, le dossier ne met pas en évidence l'existence de pourparlers contractuels, ce que les parties n'ont d'ailleurs pas invoqué.

Enfin, compte tenu de la jurisprudence claire du Tribunal fédéral, l'assureur perte de gain soumis à la LCA n'a aucun devoir légal d'informer l'assuré sur son droit de

passage dans l'assurance individuelle, au contraire de l'employeur (art. 331 al. 4 CO) et de l'assureur perte de gain appliquant la LAMal (art. 71 al. 2 LAMal).

En l'absence de devoir d'information à l'égard de l'assuré fondé sur un contrat ou sur la loi, aucun reproche ne peut être formulé à l'égard de la défenderesse relativement au défaut d'information sur le droit de passage à l'assurance individuelle.

9. La demanderesse ne disposant d'aucune prétention à l'encontre de la défenderesse, il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens invoqués par les parties (prescription, surindemnisation, taux d'incapacité, honoraires avant procès). De plus, la Cour de céans n'est pas compétente pour connaître d'une éventuelle action en responsabilité civile, celle-ci ne relevant pas du contrat d'assurance.
10. Au vu de ce qui précède, la demande doit être rejetée. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89H al. 3 LPA). Par ailleurs, la demanderesse qui succombe n'aura pas droit à des dépens.

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

Statuant au fond

A la forme :

1. Déclare la demande en paiement 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; 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

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

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