

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3793/2011

ATAS/831/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt incident du 27 juin 2014

4ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié au PETIT-LANCY, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Jacques EMERY

demandeur

contre

MUTUEL ASSURANCES SA, sise rue des Cèdres 5,
MARTIGNY

défenderesse

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Christine LUZZATTO, Dana DORDEA, Juges
assesseurs**

ATTENDU EN FAIT

Que Monsieur A_____ (ci-après l'assuré ou le demandeur), né le _____ 1960, travaille depuis le 3 septembre 2007 en qualité de responsable de chantier auprès de la société B_____ SA, à Genève et est à ce titre assuré auprès de Mutuel assurances SA (ci-après la caisse ou la défenderesse), laquelle a repris le portefeuille LCA de la CMBB/SKBH/CMEL) selon une couverture collective pour une indemnité journalière maladie selon la LCA ;

Que le 12 juin 2010, l'employeur de l'assuré a adressé à la caisse une déclaration d'incapacité de travail concernant son employé dès le 4 juin 2010 ;

Que par rapport du 7 octobre 2010, le docteur C_____, rhumatologue de la clinique Corela, mandaté par la caisse, a diagnostiqué une arthrose débutante acromio-claviculaire droite et une rupture du long chef du biceps de l'épaule droite dues à un conflit sous-acromial. La capacité de travail de l'assuré était nulle dans l'activité de maçon mais entière dans une activité adaptée respectant les limitations fonctionnelles, soit le port de charges de plus de 15 kg et les mouvements au-dessus des épaules ;

Que par courrier du 27 octobre 2010, la caisse a informé l'assuré que compte tenu d'une capacité de travail totale dans une activité adaptée respectant les limitations fonctionnelles, il lui incombait d'entreprendre tout ce qui était en son pouvoir afin de mettre à profit cette capacité dans une autre activité et qu'elle lui accordait un délai suffisant pour trouver un emploi adapté. Dans la mesure où une reprise de travail n'interviendrait pas entre-temps, le versement des indemnités journalières cesserait au 31 janvier 2010 (*recte* : 2011). Après cette date, sa perte de gain était estimée à 21 %, insuffisante pour donner droit à des prestations ;

Que le 18 mars 2011, l'assuré a subi une intervention chirurgicale de l'épaule droite (arthroscopie avec acromioplastie) effectuée par le professeur D_____ et le docteur E_____, respectivement médecin-chef de service du département de chirurgie et chef de clinique auprès des Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) ;

Que par courrier du 23 mai 2011, la caisse a repris le versement des prestations jusqu'au 30 avril 2011 et mandaté la doctoresse F_____ (rhumatologie et ostéodensitométrie) de la clinique Corela, aux fins d'examiner l'assuré ;

Que selon le rapport du 17 juin 2011 de la Dresse F_____, l'activité professionnelle de chef de chantier avec travaux de manutention n'était actuellement pas exigible, mais sur le plan médico-théorique, une pleine capacité de travail pouvait être envisagée dès le 17 juin 2011 dans une activité adaptée de type surveillance de chantier, exempte de tout mouvement de manutention. Le pronostic quant à la reprise était réservé et une nouvelle évaluation après trois mois était souhaitable, mais l'expert imaginait mal une reprise de l'activité professionnelle dans les mêmes conditions où elle avait été effectuée (soit avec port de charges). Une déclaration à l'AI devait être faite, car il existait un handicap ;

Que le 15 juillet 2011, la Dresse F_____ a répondu aux questions subsidiaires à l'attention du médecin-conseil ;

Que par courriers des 22 juillet et 22 novembre 2011, la caisse, se fondant sur l'avis de son médecin-conseil, a estimé que sa décision de limiter le droit aux indemnités journalières au 31 janvier 2011, prolongée au 28 février 2011, restait fondée. Toutefois, compte tenu de l'opération subie, l'assuré avait à nouveau droit aux indemnités journalières du 18 mars au 20 juin 2011, date à laquelle elle mettait fin aux prestations. Pour la période d'arrêt de travail du 1^{er} au 17 mars 2011, elle renonçait exceptionnellement au remboursement des indemnités journalières versées à tort ;

Que le 29 septembre 2011, l'assuré, par l'intermédiaire de son conseil, a communiqué à la caisse copie d'un rapport du Dr E_____, attestant que les suites post-opératoires de l'arthroscopie du 18 mars 2011 étaient difficiles, et qu'une incapacité de travail jusqu'au début du mois d'octobre était justifiée ;

Que par acte du 10 novembre 2011, l'assuré a déposé devant la chambre de céans une demande en paiement à l'encontre de la caisse, concluant, sous suite de frais et dépens, préalablement à la mise en œuvre d'une expertise orthopédique portant sur son état de santé et sa capacité de travail depuis le 21 juin 2011, principalement à la condamnation de la caisse au paiement de CHF 11'408,35 du 21 juin 2011 au 4 septembre 2011 avec intérêts à 5 % dès le 29 juillet 2011, de CHF 5'273,40 du 5 septembre 2011 au 11 novembre 2011 (fondé sur une incapacité de gain de 50 %) avec intérêts à 5 % dès le 2 octobre 2011, et dès le 12 novembre 2011, au paiement à chaque fin de mois de l'indemnité journalière de CHF 77,55 jusqu'à ce qu'il retrouve une pleine capacité de travail dans son activité antérieure ou dans une activité adaptée, jusqu'à épuisement des droits couverts par l'assurance ;

Que par réponse du 5 janvier 2012, la caisse a conclu à ce que le demandeur soit débouté de toutes ses conclusions et condamné aux frais et dépens ;

Que par arrêt du 31 juillet 2012, la chambre de céans a partiellement admis la demande et condamné la défenderesse à payer au demandeur les montants de CHF 11'788.40.- avec intérêts à 5% l'an dès le 29 juillet 2011, CHF 2'016,40.- avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2011, ainsi qu'une indemnité de CHF 3'400.- à titre de dépens. Se fondant sur l'opinion de la Dresse F_____, la chambre de céans a retenu que le demandeur était capable de travailler à 100% dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles au plus tôt dès le 17 juin 2011, mais a considéré que le délai d'adaptation pour changer d'activité était trop court, de sorte qu'elle a condamné la défenderesse à payer les indemnités journalières jusqu'au 30 septembre 2011, au terme d'un délai d'adaptation de trois mois ;

Que par acte du 14 septembre 2012, le demandeur a interjeté recours devant le Tribunal fédéral, concluant principalement, pour la période du 5 septembre au 11 novembre 2011, au paiement de CHF 5'273,40 avec intérêts à 5% dès le 3 octobre

2011, et dès le 12 novembre 2011, au versement des indemnités journalières de CHF 77,55 jusqu'à épuisement des droits résultant du contrat d'assurance ;

Que par arrêt du 31 janvier 2013, le Tribunal fédéral a admis le recours, annulé l'arrêt du 31 juillet 2012 et renvoyé la cause à la chambre de céans pour qu'elle complète l'état de fait puis détermine si un changement d'activité pouvait être raisonnablement exigé du demandeur. Le tribunal de céans ne pouvait en effet pas appliquer l'art. 61 al. 2 LCA en se fondant exclusivement sur les conclusions médico-théoriques de la Dresse F_____, car la loi ne permettait pas la réduction des prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique. Le juge devait procéder à une analyse concrète et se demander, en fonction de l'âge de l'assuré et de l'état du marché du travail, quelles étaient ses chances réelles de trouver un emploi compte tenu de ses limitations fonctionnelles. Il lui appartenait également d'examiner, en fonction de la formation, de l'expérience et de l'âge de l'assuré, si un tel changement d'activité pouvait réellement être exigé de lui. Enfin, la réduction de l'indemnité était exclue s'il n'était en réalité pas possible de limiter le préjudice par un changement d'activité professionnelle ;

Que par courrier du 20 février 2013, la chambre de céans a invité les parties à faire valoir d'éventuelles mesures d'instructions complémentaires et à se déterminer, jusqu'au 13 mars 2013, sur les questions suivantes :

- quelle est l'activité exigible concrètement de l'assuré, compte tenu de ses limitations fonctionnelles ?
- quel revenu l'assuré percevrait-il ?
- quelles sont les chances réelles de l'assuré de trouver un tel emploi, compte tenu de son âge et de l'état du marché du travail ?
- un changement d'activité est-il raisonnablement exigible de l'assuré, en fonction de son âge, de son expérience et de sa formation ?

Que la défenderesse s'est déterminée par courrier du 8 mars 2013, soutenant en substance qu'elle avait déjà statué dès 2010 sur la base des critères énumérés par le Tribunal fédéral. En effet, les limitations fonctionnelles avaient déjà été établies dès 2010 par les médecins du demandeur et les experts. Les activités exigibles étaient les professions de niveau 4 dans les secteurs de la production et des services selon l'Enquête suisse sur la structure des salaires, et il appartenait au conseiller en placement de les lister précisément. À cet égard, il ressortait d'un rapport de l'ORIF, centre d'intégration et de formation professionnelle sis à Vernier, que le demandeur avait pu effectuer sans problème des travaux de contrôle de marchandises et de livraison, et qu'une réorientation comme logisticien, aide-concierge ou nettoyeur en bâtiment lui avait été proposée. Les experts avaient par ailleurs conclu à une pleine capacité de travail comme surveillant de chantier. Ses limitations fonctionnelles n'étaient pas suffisamment invalidantes pour empêcher un changement d'activité, la situation sur le marché du travail pour les activités précitées était bonne, son âge éloigné de la limite fixée par la jurisprudence, et il

avait fait preuve d'une très bonne faculté d'adaptation et d'intégration, de sorte qu'un changement d'activité était raisonnablement exigible et qu'il avait de réelles chances de retrouver un emploi. Aucune indemnisation n'était due au-delà du mois d'octobre 2011, à défaut de certificat d'incapacité de travail. La défenderesse a requis la production de l'entier des dossiers de l'assurance-chômage et de l'assurance-invalidité, ainsi qu'une description détaillée par l'employeur des tâches accomplies par le demandeur ;

Que le demandeur s'est déterminé à son tour le 12 mars 2013, en faisant valoir que l'activité concrètement exigible et adaptée à ses limitations était la surveillance de chantier qu'il exerçait déjà, qu'il souffrait toujours d'un problème acromio-claviculaire et que l'intervention chirurgicale susceptible de le résoudre n'était pas conseillée. Compte tenu de ses souffrances, il travaillait à 50% et touchait ainsi un revenu brut de CHF 2'532,80 et net de CHF 1'617,90. Il ne bénéficiait d'aucune autre formation que celle de maçon et n'avait aucune chance de trouver un emploi autre que celui qu'il exerçait. Il a requis l'audition du Dr I_____ et de son employeur ;

Qu'à l'appui de ses écritures, le demandeur a joint deux rapports du Dr G_____ datés des 15 octobre 2012 et 18 février 2013, dont il ressort que selon ce médecin, les suites de l'intervention chirurgicale du 18 mars 2011 n'ont pas été sans problèmes. Le demandeur souffrait toujours de douleurs à la mobilisation de l'épaule droite, malgré des infiltrations pratiquées sans grand succès. Il a diagnostiqué un problème acromio-claviculaire sur post résection incomplète de la clavicule distale avec persistance d'un conflit du bord postérieur de l'acromion claviculaire de l'épaule droite. Il était possible d'opérer l'épaule droite par arthroscopie et complément de résection de la clavicule distale, mais il ne pouvait pas garantir des chances de succès excédant 60 ou 70%, si bien qu'il déconseillait cette intervention. L'incapacité de travail était totale dès le 14 juillet 2012. Les limitations fonctionnelles retenues étaient le travail avec les bras au-dessus de la tête, la montée d'échelles et le soulèvement de charges supérieures à 5 kg. L'activité exercée n'était plus exigible, le rendement était réduit et on ne pouvait pas s'attendre à une reprise du travail sans opération ;

Que par ordonnance du 21 mars 2013, la chambre de céans a invité l'office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après OAI) à lui adresser le dossier de l'assuré, lequel lui a été transmis le 28 mars 2013. Qu'il en ressort notamment deux rapports de l'ORIF, datés respectivement du 28 février et du 22 janvier 2013 ;

Que selon son rapport du 28 février 2011, l'ORIF a estimé que le demandeur bénéficiait des compétences pratiques nécessaires pour entreprendre une réorientation comme logisticien ou aide-concierge, et a proposé trois cibles professionnelles : premièrement, suivre une mesure AIP pour observer l'évolution du demandeur après son opération et voir comment ses limitations fonctionnelles évoluent (durée : 3 mois) ; deuxièmement, suivre une formation comme logisticien en vue de l'obtention d'une attestation (durée : 18 mois) ; troisièmement, suivre une

formation comme aide-concierge ou nettoyeur en bâtiment, avec l'obtention d'une attestation (durée : 4 semestres) ;

Que selon le rapport de l'ORIF du 22 janvier 2013, le demandeur a accompli un stage auprès de cet établissement du 13 août au 2 décembre 2012. Dans le commerce de détail, l'adéquation avec les limitations physiques était difficile, mais un emploi technico-commercial en alternant les positions était envisageable, moyennant une très forte mise à niveau informatique. Lors du stage en conciergerie, le demandeur avait fait preuve d'un engagement exemplaire, mais ses limitations fonctionnelles ne lui avaient pas permis d'effectuer certaines tâches (lavage de vitres), de sorte qu'une réserve était formulée sauf s'il travaillait en équipe. Lors du stage en EMS, il avait réalisé divers travaux de maintenance, la qualité de son travail avait été relevée et ses limitations physiques n'avaient pas été une contrainte car il avait travaillé en équipe et ses douleurs étaient supportables. Toutefois, le travail administratif était conséquent, de sorte qu'une formation dans le domaine de l'informatique était préconisée. Le travail individuel était déconseillé mais le demandeur pouvait intégrer une équipe de maintenance. En conclusion, moyennant une formation adéquate en informatique, il bénéficiait des aptitudes nécessaires pour travailler dans la gestion du commerce de détail et la maintenance des bâtiments ;

Que par écriture complémentaire du 4 avril 2013, la défenderesse a fait part de ses observations sur la détermination du demandeur ;

Qu'à l'audience d'enquêtes et de comparution personnelle du 22 mai 2013, la chambre de céans a entendu les parties et l'employeur du demandeur ;

Que par écriture complémentaire du 27 juin 2013, la défenderesse a transmis au tribunal de céans copie d'un projet de décision du 19 juin 2013, dont il ressortait que l'OAI entendait refuser au demandeur le droit à une rente d'invalidité, son degré d'invalidité de 22% ne lui ouvrant pas de droit à la rente ;

Que par écriture complémentaire du 2 août 2013, le demandeur a fait valoir qu'il n'avait pas violé son obligation de diminuer le dommage et qu'il persistait dans ses conclusions en paiement ;

Que par décision du 30 août 2013, l'OAI a refusé l'octroi d'une rente d'invalidité au demandeur, au motif que selon l'estimation de son Service médical régional, sa capacité de travail dans une activité légère était totale et qu'après comparaison des gains, son degré d'invalidité s'élevait à 22%, insuffisant pour ouvrir droit à une rente ;

Que l'assuré a interjeté recours contre cette décision en date du 2 octobre 2013 ;

Que par écriture complémentaire du 25 octobre 2013, la défenderesse a réitéré que le demandeur n'avait pas tenté de limiter son préjudice. Elle a notamment soutenu que les constatations du Service médical régional de l'assurance-invalidité n'étaient pas médico-théoriques, puisque fondées sur des stages, que le demandeur pouvait

travailler comme magasinier/logisticien ou comme concierge/intendant, qu'il devait s'inscrire au chômage, et que le salaire concret auquel il pouvait prétendre s'élevait mensuellement à CHF 3'904.– selon le calculateur de salaires de l'Office fédéral de la statistique (les conventions collectives genevoises prescrivant en outre un salaire de CHF 4'700.– par mois pour les concierges et de CHF 19,35 par heure dans le secteur du nettoyage). En lien avec son obligation de diminuer le dommage, il était seulement exigé du demandeur qu'il trouve une activité rémunérée à hauteur de CHF 34'434,40 annuellement au minimum, soit CHF 2'869,55 mensuellement (taux minimal d'incapacité pris en charge de 50%). Enfin, ce dernier aurait pu s'inscrire au chômage sans subir de pénalité, car une démission pour raison de santé n'était pas considérée comme fautive, de sorte qu'il n'avait pas tenté de limiter son préjudice ;

Qu'à l'appui de ses écritures, la défenderesse a joint diverses pièces, parmi lesquelles un rapport de réadaptation professionnelle de l'assurance-invalidité daté du 29 juin 2012, selon lequel le reclassement professionnel du demandeur comme agent de nettoyage était terminé. Cette activité était parfaitement adaptée à ses problèmes de santé et en adéquation avec la capacité de travail de 100% reconnue par le Service médical dans une activité adaptée. Le degré d'invalidité à l'issue des mesures professionnelles était de 21,8 % ;

Que par courrier du 25 novembre 2013, la chambre de céans a informé les parties que la cause était gardée à juger ;

Que par arrêt du 17 mars 2014, la chambre de céans a ordonné une expertise dans le cadre de la procédure du demandeur en matière d'assurance-invalidité (cause A/3191/2013), qu'elle a confiée au docteur H_____, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique ;

ATTENDU EN DROIT

Que par arrêt du 31 juillet 2012, la chambre de céans s'est déjà prononcée sur sa compétence et sur la recevabilité de la demande, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir (cf. ATAS 934/2012, consid. 1) ;

Qu'aux termes de l'art. 126 al. 1 CPC, le tribunal peut ordonner la suspension de la procédure si des motifs d'opportunité le commandent ;

Que la procédure peut notamment être suspendue lorsque la décision dépend du sort d'un autre procès ;

Que la suspension peut intervenir d'office ou sur requête, en tout état de cause (BOHNET et al., Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, n° 8 ad art. 126 CPC) ;

Qu'en l'espèce, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause à la chambre de céans afin qu'elle complète l'état de fait en vue de déterminer, sur la base de différents

critères, si un changement d'activité peut raisonnablement être exigé du demandeur ;

Qu'il est pertinent dans ce cadre de déterminer le type d'activité exigible concrètement du demandeur, compte tenu de ses limitations fonctionnelles ;

Que l'expertise ordonnée par la chambre de céans dans la procédure AI du demandeur (A/3191/2013) porte notamment sur cette question (cf. ATAS 300/2014 du 17 mars 2014, ch. 11) ;

Qu'en outre, les conclusions du Dr G_____ selon lesquelles on ne peut s'attendre à une reprise du travail sans intervention chirurgicale (cf. rapport du 18 février 2013) s'écartent de manière importante de celles de l'ORIF ;

Qu'afin de déterminer quel type d'activité est exigible concrètement du demandeur, il convient dès lors de suspendre d'office la présente procédure jusqu'à réception du rapport d'expertise du Dr H_____ ;

Que pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 114 let. e CPC).

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

Statuant sur incident

1. Suspend l'instance en application de l'art. 126 CPC, jusqu'à réception du rapport d'expertise du Dr H_____ ordonnée dans le cadre de la procédure A/3191/2013.
2. Réserve la suite de la procédure.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile (Tribunal fédéral suisse, avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14), sans égard à sa valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b 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, invoqués 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 (FINMA) par le greffe le