

TRIBUNAL DES ASSURANCES

Présidence de Mme MAIRE, juge

Membres : MM. Chamot et Guignard, assesseurs

Greffier : Mme Lopez, greffière-substitut

Jugement du 12 décembre 2006

dans la cause

X, demandeur, représenté par l'avocat Nicolas
Mattenberger, à Vevey,

contre

Y SA,
défenderesse.

Art. 12 al. 3 LAMal; art. 61 LCA

En fait :

A. X, né en 1946, domicilié à Oron-le-Châtel, est affilié auprès de Y et Y SA depuis le 1^{er} janvier 1997. Sa couverture d'assurance comprend notamment une assurance d'indemnités journalières pour perte de gain, catégorie P, de 120 fr. par jour avec un délai d'attente de 60 jours, risque d'accident inclus.

Le 27 mai 2003, l'intéressé a rempli une déclaration d'accident dans laquelle il fait état de douleurs lombaires pour lesquelles il consulte son médecin traitant, le Dr B, spécialiste FMH en médecine interne, à Romont, depuis le mois d'avril 2003. Il précise être tombé d'un camion deux ans plus tôt, en janvier 2002, mais n'avoir pas consulté un médecin à la suite de cet accident.

Le 1^{er} juillet 2003, le Dr B a rempli un questionnaire à l'attention de Y SA dans lequel il diagnostique un spondylolisthésis L5-S1, une discarthrose L5-S1 et une ostéochondrose. Il indique que le patient présente un blocage lombaire et que les symptômes sont apparus le 13 avril 2003. Il atteste d'une incapacité de travail de 100 % dès le 15 avril 2003. Dans un nouveau rapport du 22 décembre 2003, ce praticien indique qu'une reprise du travail dans le métier exercé n'est pas envisageable. Il joint un rapport du Dr W, médecin-chef au Service de rhumatologie de l'Hôpital cantonal de Fribourg, du 28 octobre 2003, qui rappelle que l'assuré souffre depuis de nombreuses années de lombalgies mécaniques épisodiques banales, qu'il a développé un nouvel épisode lombaire douloureux à la suite d'une chute en arrière d'un pont de camion en 2002, et qui estime que le syndrome vertébral lombaire chronique présenté par le patient est à mettre sur le compte de troubles statiques et dégénératifs avancés ainsi que de son spondylolisthésis L5-S1, stade I. Depuis début avril 2003, le patient présente une exacerbation de la symptomatologie qui est devenue chronique et entraîne l'incapacité totale de travail constatée depuis le 15 avril 2003. Ce praticien ajoute que, même au repos, les positions statiques debout, assis, couché, prolongées exacerbent les symptômes, comme le moindre effort de port de charges. Il note encore que le patient exerçait un travail très lourd et qu'il devrait être annoncé à l'assurance-

invalidité en vue d'une rente ou d'une réadaptation professionnelle. Dans un rapport du 27 avril 2004, le Dr B mentionne qu'une reprise du travail n'est pas envisagée et que le patient doit éviter tout effort.

X a présenté une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité le 10 mai 2004.

Le 1^{er} juin 2004, après examen de l'assuré par son médecin-conseil, A SA l'a informé que, s'il était incapable de travailler dans la profession habituelle, il était tenu, en vertu de l'obligation de diminuer le dommage, de changer de profession et cela après six mois. Cela étant, elle l'informait que le versement des indemnités journalières prenait fin au 31 décembre 2003.

A la demande de Y SA, X a été examiné par le Dr H, spécialiste FMH en médecine interne, à Yverdon-les-Bains, le 2 août 2004. Dans son rapport daté du même jour, ce praticien conclut qu'un travail léger, épargnant le dos, sans port de lourdes charges, avec alternance des positions, est pleinement exigible dès le 1^{er} janvier 2004. Il relève que l'assuré devra rechercher un tel emploi dans le cadre du chômage avec l'aide de son médecin traitant. Il indique en outre que son appréciation sera admise comme juste et adéquate, tant par l'assuré que par son médecin traitant le Dr B. Il note cependant qu'il existe une perte de poids importante et une ulcération chronique nasale nécessitant des investigations et des traitements, qui pourraient amputer prochainement, de manière significative, les capacités professionnelles et le pronostic vital.

L'assuré, représenté par l'avocat Nicolas Mattenberger, a contesté la position de Y SA les 13 et 24 septembre 2004, et lui a demandé de motiver sa position.

Se fondant sur l'avis du Dr H, Y SA a maintenu sa position le 6 octobre 2004. Elle fait à nouveau valoir que X n'a pas respecté son obligation de réduire le dommage au sens de l'article 61 de la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (ci-après : LCA), notamment parce qu'il n'a pas entièrement suivi les traitements de physiothérapie et

médicamenteux qui lui avaient été prescrits, selon les renseignements obtenus (cf. le rapport du Dr H du 2 août 2004).

B X, représenté par son conseil, a ouvert action devant le Tribunal des assurances par demande du 9 novembre 2004, en concluant, avec suite de frais et dépens, à ce que Y SA soit reconnue sa débitrice d'un montant de 11'617 fr. 80, avec intérêts moratoires à 5 %, correspondant à l'arriéré d'indemnités journalières dues jusqu'au 31 décembre 2003; qu'elle soit reconnue débitrice d'un montant de 37'680 fr., avec intérêts moratoires à 5 %, à titre d'indemnités journalières dues du 1^{er} janvier au 9 novembre 2004, soit au jour de la demande; et à ce qu'elle soit tenue de verser de pleines indemnités journalières jusqu'à épuisement du droit aux prestations. En substance, il conteste, d'une part, la cessation du versement des indemnités journalières au 31 décembre 2003 et, d'autre part, le montant de celles allouées jusqu'à cette date, qui correspondent à des indemnités journalières de 62 fr. 20, alors que le contrat conclu prévoit le versement d'une indemnité journalière de 120 fr. dès le 61^{ème} jour. Il critique également la manière d'agir de Y SA, qui l'a informé qu'elle ne verserait pas d'indemnités journalières au-delà du 31 décembre 2003 par un simple avis daté du 1^{er} juin 2004.

Dans sa réponse du 10 janvier 2005, Y SA a conclu au rejet de la demande. Elle fait valoir qu'elle s'est acquittée des ses obligations contractuelles en versant une indemnité journalière de 62 fr. 20, pour un montant total de 12'502 fr. 20 pour la période du 15 avril au 31 décembre 2003, après un délai d'attente de soixante jours. Elle estime que c'est à bon droit qu'elle a mis fin à ses prestations à cette date, l'assuré ayant retrouvé une pleine capacité de travail dans une activité adaptée depuis le 1^{er} janvier 2004 selon l'avis du Dr H qu'elle retient. Elle relève qu'il est juste d'admettre que l'assuré est en mesure de reprendre à 100 % une activité adaptée, étant donné qu'il a exercé des activités variées au cours de sa vie professionnelle. Elle précise encore que le montant de l'indemnité journalière allouée a été fixé sur la base de la décision de cotisations de la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS (CCVD) du 27 octobre 2003, qui retient un revenu annuel 2002 de 22'700 francs.

Dans sa réplique du 18 mai 2005, X, par l'intermédiaire de son conseil, a maintenu les conclusions prises dans sa demande. Il fait valoir que le montant journalier de 120 fr. correspond approximativement au bénéfice brut annuel réalisé en 1997, année de conclusion du contrat, et que, comme il est usuel de le faire, il a assuré son chiffre d'affaires et non son bénéfice net. Il a produit le dossier de l'assurance-invalidité et se prévaut du fait que l'Office de l'assurance-invalidité (ci-après : OAI), dans un rapport d'enquête économique pour les indépendants, a déterminé un revenu brut, correspondant à la moyenne des bénéficiaires 2001-2002, de 26'989 francs. Il conteste également que sa capacité de travail soit entière dans une autre activité dès le 31 décembre 2003. Il considère que l'article 61 LCA n'oblige pas l'assuré à mettre au profit sa capacité résiduelle dans une autre branche, et que l'assureur doit en outre avoir averti l'assuré et lui avoir donné un délai d'adaptation adéquat.

Dans sa duplique du 11 août 2005, Y SA a admis partiellement la demande, en ce sens que le droit aux prestations est prolongé jusqu'au 31 mars 2004, terme du délai jugé adéquat pour changer de profession. Ce délai était justifié par le fait que X avait exercé de nombreuses activités au cours de son parcours professionnel, dont certaines pourraient être pleinement exigibles, car elles répondent aux limitations fonctionnelles reconnues par le Dr H, à savoir un travail léger, épargnant le dos, sans port de charges lourdes et avec alternance des positions.

Se déterminant sur cette écriture, le 6 octobre 2005, l'assuré a maintenu sa position et a produit notamment un nouveau rapport du Dr W établi le 3 juin 2005 à l'adresse de l'assurance-invalidité, qui conclut à une incapacité totale de travail dans l'activité habituelle et à une capacité de 50 % dans une profession adaptée, tenant compte des nombreuses limitations fonctionnelles qu'il décrit et cela, dès le 1^{er} juillet 2005 au plus tôt. S'agissant du montant des indemnités journalières, l'assuré estime que sa perte économique réelle doit être indemnisée.

Le 18 janvier 2006, Y SA a produit une détermination du 6 janvier 2006 du Dr H sur le rapport du Dr W, dans

lequel il maintient les conclusions de son rapport du 2 août 2004, en l'absence d'éléments nouveaux. Ce praticien se pose la question de la présence d'éléments non médicaux pouvant influencer une reprise professionnelle. Y SA a également produit les conditions générales pour l'assurance-maladie complémentaire et les conditions spéciales d'assurance pour la catégorie P, en vigueur depuis 1997.

Le 3 mars 2006, l'assuré, toujours représenté par son conseil, a indiqué que, contrairement à ce que note le Dr H dans son rapport du 2 août 2004, ni lui ni le Dr B n'ont acquiescé aux conclusions de ce praticien. Il relève en outre que Y SA continue à lui facturer des primes pour les indemnités journalières sur la base d'une indemnité journalière de 120 francs.

Par écriture du 27 avril 2006, Y SA a maintenu sa position.

Figure également au dossier une décision de cotisations rendue par la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS, le 27 octobre 2003, faisant état d'un revenu déterminant de 22'700 fr. pour l'année 2002 et mentionnant qu'il s'agit d'une taxation provisoire dans l'attente des éléments fiscaux. A également été produit le dossier de l'OAI contenant notamment les comptes d'exploitation du demandeur relatifs aux exercices 1997, 1998, 2001, 2002 et 2003, ainsi qu'un rapport d'enquête économique pour les indépendants du 7 avril 2005, lequel mentionne que l'assuré a exercé diverses activités professionnelles, tels mécanicien, représentant, vendeur, transporteur et chauffeur de poids lourds. Ce document indique en outre un bénéfice réalisé en 2002 de 22'733 francs. Le dossier de l'OAI contient également un rapport médical concernant les capacités professionnelles rempli par le Dr B le 27 mai 2004.

En droit:

1. Selon l'article 12 alinéa 3 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (ci-après : LAMal), les assurances complémentaires sont

soumises au droit privé, soit à la LCA. L'article 87 LCA confère au bénéficiaire de l'assurance, dès la survenance d'un sinistre, un droit propre contre l'assureur pour ce qui est des couvertures collectives contre les accidents ou la maladie; a fortiori en est-il ainsi d'une couverture individuelle succédant à une assurance collective. Le demandeur a dès lors la légitimation active, tout comme la défenderesse a la qualité pour défendre.

La compétence du Tribunal des assurances est reconnue pour toutes les assurances-maladie (complémentaires) relevant de la LCA (décret du Grand Conseil du 20 mai 1996 relatif à l'attribution au Tribunal cantonal des assurances de la compétence du contentieux de l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie [RALV 1996 p. 119]), ce que ne contredit aucune norme de droit fédéral (ATF 125 III 461). Selon les conclusions de la demande, la valeur litigieuse est supérieure à 8'000 fr., plaçant la cause dans la compétence du tribunal, et non du juge instructeur statuant comme juge unique (art. 11 alinéa 1^{er} de la loi vaudoise sur le Tribunal des assurances [ci-après : LTAs]).

Le Tribunal de céans est donc compétent et la demande est recevable.

2. Le litige porte sur la fin et le montant des indemnités journalières de l'assurance-maladie complémentaire dues à l'assuré en raison de l'incapacité de travail présentée dès le 15 avril 2003. Le demandeur conclut, d'une part, au versement d'indemnités journalières à hauteur de 120 fr., correspondant à la couverture d'assurance qu'il a souscrite, et d'autre part, au versement d'indemnités journalières jusqu'à épuisement du droit aux prestations.

Il convient dès lors de se demander, d'une part, si Y SA était en droit de réduire à 62 fr. 20 le montant de l'indemnité journalière versée, et d'autre part, si le demandeur peut prétendre au versement d'indemnités journalières depuis le 14 juin 2003 (soit dès le 61^{ème} jour) jusqu'à épuisement des prestations (soit pendant 720 jours à compter de cette date), à savoir jusqu'au 2 juin 2005, ou si l'obligation de la défenderesse a cessé dès le moment où l'assuré pouvait mettre pleinement à profit sa capacité de gain dans

une profession adaptée, soit, selon cette dernière, dès fin décembre 2003 (délai prolongé au 31 mars 2004).

3. L'assurance-maladie complémentaire d'indemnités journalières, catégorie P, conclue est régie par les conditions spéciales pour l'assurance-maladie complémentaire de cette assurance (ci-après : CSA), édition 1997, ainsi que par les conditions générales pour l'assurance-maladie complémentaire de Y SA (ci-après CGA), édition 1997.

L'article 1^{er} des CGA précise que les droits et obligations du preneur d'assurance et de l'assuré, lesquels doivent être domiciliés en Suisse, sont définis dans la police d'assurance et les conditions d'assurance (chiffre 1.1); à défaut de disposition contractuelle expresse, c'est la LCA qui est applicable (chiffre 1.2).

4. X conteste le montant de l'indemnité journalière qui lui est allouée.

a) Selon l'article 1^{er} chiffre 1.1 CSA, les indemnités journalières sont allouées en contrepartie d'une perte de salaire ou de gain consécutive à une incapacité de travail, selon la couverture choisie par l'assuré et jusqu'à concurrence de la perte économique réelle de celui-ci.

Le chiffre 1.2 CSA stipule qu'en principe, l'assuré fixe, selon son statut professionnel, le montant maximal assuré et le paiement des indemnités journalières au 31^{ème}, 61^{ème}, 91^{ème}, 121^{ème}, 151^{ème}, 181^{ème}, 271^{ème}, 361^{ème} ou 721^{ème} jour d'incapacité de travail par suite de maladie ou d'accident. Le montant maximal assuré et le paiement des indemnités journalières peuvent être modifiés en cours de contrat en vertu de l'évolution de la situation économique et du changement de statut professionnel de l'assuré (ch.1.3)

L'article 2 chiffre 2.1 CSA prévoit que l'ouverture du droit aux prestations est déterminée par la survenance d'une incapacité de travail entraînant une perte de gain; le délai d'attente prévu au chiffre 1.2 court pour chaque incapacité de travail. Le chiffre 2.3 CSA précise que, dans le cas d'un

indépendant, les revenus déclarés à l'ANS, à défaut ceux déclarés à l'administration fiscale, servent de base pour le calcul de la perte de gain.

Enfin, selon l'article 3 chiffre 3.1 CSA, si pendant une période de 900 jours consécutifs à compter du premier jour d'indemnisation, l'assuré touche la pleine indemnité souscrite pendant 720 jours, son droit aux prestations s'éteint définitivement.

b) En l'espèce, il est constant que X a assuré une indemnité journalière de 120 fr. par jour et qu'il n'a du reste pas demandé une modification de son contrat. Ce montant ne constitue que le montant maximum de l'indemnité journalière qui peut être allouée. En effet, le montant de l'indemnité journalière à laquelle il a droit, selon les CSA, doit être fixé sur la base des revenus déclarés à l'ANS. Dans le cas présent, la défenderesse a pris en considération le revenu déterminant de 22'700 fr. qui figure dans la décision de cotisations du 27 octobre 2003 rendue par la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS. Certes, cette décision indique qu'il s'agit d'une taxation provisoire, dans l'attente des éléments fiscaux. Toutefois, ce revenu de 22'700 fr. est celui qui ressort des comptes d'exploitation du demandeur pour 2002 et qui a été aussi retenu dans le rapport d'enquête économique de l'OAI du 7 avril 2005. La prise en compte d'un tel revenu est dès lors conforme aux dispositions réglementaires de la défenderesse et doit être confirmé. Il s'ensuit bien un montant de l'indemnité journalière de 62 fr. 20, tel que celui alloué par Y SA.

5. a) Le demandeur conteste également avoir recouvré une capacité de travail entière dans une activité adaptée, de sorte qu'il aurait droit aux indemnités journalières jusqu'à épuisement du droit aux prestations. Si sa position ne devait pas être suivie, il estime que la défenderesse n'était pas en droit de supprimer les indemnités journalières dès le 31 décembre 2003, respectivement dès le 31 mars 2004, le délai d'adaptation prévu par la jurisprudence n'ayant pas été respecté.

Sur ce deuxième point, il y a lieu d'examiner si Y SA était en droit de supprimer le versement des indemnités journalières aux dates qu'elle a fixées.

Il y a lieu de relever que c'est par simple courrier du 1^{er} juin 2004 que la défenderesse a informé son assuré qu'elle supprimait le droit aux indemnités journalières dès le 31 décembre 2003. Elle a reconnu qu'à la suite de la visite médicale qu'il avait effectué chez le médecin-conseil de l'assurance, le demandeur était incapable de travailler dans sa profession habituelle. Elle a toutefois estimé, se fondant sur les divers emplois qu'il a dit avoir occupés et compte tenu de l'obligation de diminuer le dommage, qu'il était parfaitement à même de se reclasser professionnellement par ses propres moyens dans un délai de plus de six mois. Le 2 août 2004, la défenderesse a toutefois adressé X au Dr H, interniste, pour avis médical, et a confirmé sa position sur la base des conclusions de ce dernier, selon lesquelles, bien que le travail lourd d'importateur de fourrages exercé était totalement contre-indiqué, un travail léger, adapté aux limitations fonctionnelles, paraissait pleinement exigible dès le 1^{er} janvier 2004.

b) Il ne résulte ni des CGA pour l'assurance-maladie complémentaire ni des CSA de l'assurance P que la défenderesse puisse exiger de l'assuré de mettre à profit sa capacité résiduelle. L'article 1^{er} chiffre 1.1 des CGA renvoie toutefois expressément à la LCA, à défaut de disposition contractuelle expresse.

L'article 61 LCA, auquel se réfère la défenderesse, prévoit, à son alinéa 1^{er}, que "lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage".

Selon l'alinéa 2 de cette disposition, si l'ayant droit contrevient à son obligation de faire tout ce qui est possible pour réduire le dommage, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie. L'ayant droit remplit son obligation de faire ce qui peut raisonnablement être exigé de lui pour réduire son dommage s'il prend à cette fin les mesures que prendrait un homme raisonnable dans la même situation

s'il ne pouvait attendre aucune indemnisation de tiers (Hönger/Susskind, Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n. 15 ad art. 61 LCA; Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3^{ème} éd., 1995, p. 344 et les références citées).

Le Tribunal fédéral considère que l'article 61 LCA est l'expression du même principe général dont le Tribunal fédéral des assurances 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 127 III 106 consid. 4c, 5C 211/2000 — ad TAss VD, S., du 2 août 2000, n° AMC 4/98 — 19/2000; ATF 114 V 281 consid. 3a; ATF S. du 7 mai 2002, 5C 74/2002 — ad TAss VD du 17 mai 2001, n° AMC 21/00 — 1/2002). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, lorsque l'assuré doit envisager un changement de profession en regard de l'obligation de diminuer le dommage, la caisse 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 la caisse doit en règle générale être considéré comme adéquat (arrêt non publié K 14/99 du 7 février 2000, reproduit in RKUV 2000 KV 112 122, consid. 3a).

En l'espèce, en supprimant ses prestations au 31 décembre 2003, la défenderesse ne s'est pas conformée à cette jurisprudence, qui n'autorise l'assureur maladie complémentaire à supprimer les indemnités journalières qu'après avoir dûment averti son assuré et lui avoir donné un délai d'adaptation adéquat. La suppression rétroactive au 31 décembre 2003, n'est à l'évidence pas conforme à cette jurisprudence.

Le premier avis du 1^{er} juin 2004, donné par Y SA, annonçant la suppression des prestations pour une date antérieure à l'avis et informant l'assuré de son obligation de changer de profession, n'est que sommairement motivé. A cette date, le dossier ne comportait que les certificats du médecin

traitant, qui indique que l'incapacité de travail est de 100 % dans le métier exercé, et un rapport du Dr W, qui ne se prononce pas sur la capacité de travail, mais indique que X présente des troubles statiques et dégénératifs avancés, ainsi qu'une spondylolisthésis L5-S1, stade I, que le port de charges et toute position statique sont à éviter et engendrent des douleurs, et que, vu la durée de l'incapacité de travail, une annonce à l'assurance-invalidité en vue d'une rente ou d'une réadaptation professionnelle s'impose.

Cet avis ne constitue pas l'avertissement requis par la jurisprudence, puisque le droit aux prestations était déjà supprimé à la date cet avis. Il convient de se demander toutefois, si l'assuré étant informé dès cette date de son obligation de réduire le dommage, le délai convenable pour changer de profession doit courir dès cette date.

On constate que, dans ce courrier du 1^{er} juin 2004, la défenderesse fonde sa position sur le fait que le demandeur devait, selon elle, se réadapter spontanément dans une autre activité après un délai de six mois d'indemnisation, puisqu'il avait exercé divers métiers dans le passé.

Cela n'est pas suffisant, dès lors que la question de la capacité de travail dans une activité adaptée n'a pas été examinée. Ce n'est qu'après l'examen demandé au Dr H et le rapport de ce dernier du 2 août 2004 que la défenderesse disposait d'éléments en suffisance pour estimer que le demandeur était en mesure de travailler à plein temps dans une activité légère et adaptée. Pour autant, ce n'est que le courrier du 6 octobre 2004, qui peut être considéré comme une prise de position et un avertissement suffisamment motivé pour faire courir le délai d'adaptation.

Dans ce courrier, la défenderesse paraît encore se fonder sur le fait que le demandeur aurait une mauvaise compliance (selon les indications figurant dans le rapport du Dr H, il ne s'est pas soumis à l'intégralité du traitement de physiothérapie prescrit et n'a pas pris sa médication de façon régulière) pour motiver la suppression des prestations. Elle se fonde ainsi implicitement sur l'article 2 chiffre 2.6 des CSA de P qui lui permet de suspendre le droit aux prestations si l'assuré ne suit pas un traitement médical

adéquat ou s'il ne se conforme pas aux prescriptions de son médecin traitant. Une telle suspension devrait toutefois être précédée d'un avertissement à l'assuré lui enjoignant de se soumettre au traitement et ne saurait davantage produire d'effet rétroactif.

Il y a ainsi lieu de retenir que ce n'est que dès le 6 octobre 2004 que le délai d'adaptation a pu commencer à courir.

La jurisprudence admet un délai de trois à cinq mois d'adaptation, qui doit être fixé dans le cas concret.

En l'espèce, en prenant en compte l'ensemble des circonstances, un délai de l'ordre de quatre mois environ, qui correspond à la durée moyenne, paraît adéquat. Un tel délai tient raisonnablement compte, d'une part, que le demandeur, qui a exercé par le passé diverses activités, pourra de ce fait plus facilement se recycler, et d'autre part, que, compte tenu des nombreuses limitations fonctionnelles dues à son état de santé, la plupart des activités anciennement exercées paraissent peu compatibles avec ses limitations fonctionnelles actuelles. Il y a ainsi lieu de fixer l'échéance du délai d'adaptation au 31 janvier 2005, au-delà duquel le demandeur n'a plus droit aux indemnités journalières de Y SA.

6 Cela n'est toutefois valable que sous réserve que le demandeur ait effectivement recouvré une capacité entière de travail à cette date dans une activité adaptée respectant les limitations fonctionnelles fixées par les médecins.

Sur le plan médical, à part les certificats médicaux du médecin traitant, le dossier contient un premier rapport du Dr W, spécialiste en rhumatologie, du 28 octobre 2003, qui ne se prononce pas sur la capacité de travail, mais relève l'importance des atteintes à la santé, un rapport du Dr H du 2 août 2004, et un deuxième rapport du Dr W du 3 juin 2005, établi à la demande de l'assurance-invalidité. A noter que tous ces médecins reconnaissent 'que le demandeur présente une incapacité totale de travailler dans la profession exercée.

S'agissant de la capacité de travail dans une activité habituelle, le rapport du Dr H du 2 août 2004 contient une anamnèse détaillée et une description des plaintes du demandeur. Il note que ce dernier ne démontre aucun signe évocateur de décompensation dépressive ou psychotique. Le rapport contient une observation du demandeur, des examens cardiologiques, pulmonaires, neurologiques et des palpations. Il n'y a pas d'étude du dossier radiologique que le Dr H n'a pas eu à disposition. Ce praticien note aussi une perte pondérale importante (11 kg en 16 mois) d'origine indéterminée et une ulcération nasale. La palpation même légère de la région L5 et S1 et des crêtes iliaques génère une importante douleur. Il note que les atteintes à la santé nécessiteront des investigations et traitements et pose le diagnostic principal de syndrome douloureux lombaire chronique secondaire à des troubles statiques et dégénératifs avec spondylolisthésis. Sur la base de ces éléments, il conclut qu'un travail léger, épargnant le dos, sans port de lourdes charges, avec alternance des positions, est pleinement exigible dès le 1^{er} janvier 2004.

Le rapport du Dr W du 3 juin 2005 pose un diagnostic analogue, mais cependant plus précis et détaillé, existant depuis avril 2003, soit un syndrome vertébral chronique sur troubles statiques et dégénératifs avec spondylolisthésis L5-S1 stade I, arthrose postérieure, Basstrup étagé de L3 à S1 et spondylose étagée avec des séquelles de maladie de Scheuermann. Ce diagnostic est identique à celui posé le 28 octobre 2003 et est confirmé par l'examen du dossier radiologique. Le Dr W indique qu'il révèle notamment une importante arthrose postérieure et un Bastrup de L3 à S1. Ces atteintes n'ont pas été mentionnées par le Dr H, qui n'a pas eu à disposition le dossier radiologique. Le Dr W ajoute que la rétroflexion est très limitée, quasi nulle et hyper douloureuse. Il est vraisemblable que ces éléments, non connus du Dr H, expliquent les divergences dans les conclusions portant sur la capacité de travail entre celui-ci et le Dr W. En effet, alors que le Dr H estime que le demandeur présente une capacité de travail entière dans une activité légère et adaptée dès le 1^{er} janvier 2004, le Dr W, en revanche, constate que cette activité ne peut être exercée qu'à 50 %, à la mi-journée ou 2 fois 2,5 heures par jour, et cela depuis le 1^{er} juillet 2005 pour la première fois. Il

n'explique toutefois pas pourquoi le demandeur ne pourrait pas travailler dans cette activité légère à 50 % avant le 1^{er} juillet 2005, ni pourquoi il ne pourrait pas travailler à un taux supérieur. Il indique aussi que le demandeur ne peut rester assis plus d'une demi-heure, alors que le Dr H avait noté que l'assuré était resté assis durant 55 minutes, sans gêne notable. Ces indications sont aussi en contradiction avec celles du médecin traitant, qui avait notamment indiqué, dans son rapport médical sur les capacités professionnelles du 27 mai 2004, des capacités fonctionnelles nettement supérieures à celles indiquées par le Dr W. Il existe encore une divergence concernant le signe de Lasègue, qui est négatif des deux côtés pour le Dr H, alors qu'il est positif à 60° des deux côtés, mais uniquement lombaire, pour le Dr W. Pour le surplus, les constatations des deux médecins sont comparables, pour l'essentiel.

Au vu de ces constatations, il n'est pas possible d'accorder pleine force probante à l'appréciation du Dr W, qui ne se prononce pas sur la notion de l'exigibilité, et de préférer celle du Dr H, ce d'autant plus que les faits déterminants sont ceux qui existaient en 2004, la demande ayant été déposée le 9 novembre 2004.

7. Cela étant, on doit, en définitive retenir ce qui suit: le demandeur présente une capacité de travail entière et exigible dans une activité respectant strictement les limitations fonctionnelles décrites, vraisemblablement depuis début 2004. Y SA ne pouvait toutefois pas lui donner l'avertissement nécessaire lui enjoignant de reprendre le travail avant d'avoir procédé à un examen médical approfondi, qui est celui du Dr H du 2 août 2004. Après cet examen c'est bien l'écriture du 6 octobre 2004 qui doit être retenue comme constituant l'avertissement nécessaire selon la jurisprudence. Avant l'examen du Dr H, le demandeur ne pouvait pas mettre en oeuvre sa capacité de travail, qui n'avait pas encore été déterminée (cf. à ce propos ATF S. du 7 mai 2002, 5C 74/2002 — ad TAss VD du 17 mai 2001, n° AMC 21/00 — 1/2002, consid. 3).

En revanche, une fois dûment averti et à l'échéance du délai d'adaptation, il incombait au demandeur, comme l'aurait fait dans la même

situation tout homme raisonnable ne pouvant attendre aucune indemnisation de tiers, de mettre à profit cette capacité de travail dans le délai de l'ordre de quatre mois dès l'avertissement, délai qui doit être considéré comme approprié eu égard aux circonstances de l'espèce (cf. supra consid. 5b). Compte tenu d'un avertissement donné le 6 octobre 2004, il convient de fixer l'échéance du droit aux indemnités journalières au 31 janvier 2005.

S'agissant de la critique formulée par le demandeur à l'encontre de la défenderesse qui continue à lui facturer des primes sur une indemnité journalière de 120 fr., il y a lieu de relever qu'il lui appartient, conformément à l'article 1^{er} chiffre 1.3 des CSA de P, de demander l'adaptation de son contrat à sa situation économique.

Au vu de ce qui précède, le demandeur a droit à des indemnités journalières selon la couverture P de 62 fr. 20 par jour jusqu'au 31 janvier 2005. La défenderesse ayant cessé tout versement le 31 décembre 2003, elle doit encore au demandeur des indemnités journalières pour la période du 1^{er} janvier 2004 au 31 janvier 2005, soit 397 jours à 62 fr. 20, soit 24'693 fr. 40.

Des intérêts moratoires sont dus sur cette somme, conformément à l'article 104 alinéa 1^{er} du code des obligations (CO) qui prévoit que le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5 % l'an. En l'espèce, le dies a quo de l'intérêt moratoire — échéance moyenne — qui se calcule sur la période du 10 novembre 2004, date du dépôt de la demande, au 31 janvier 2005, date de la fin du droit aux prestations, est le 21 décembre 2004.

8. En définitive, la demande doit être partiellement admise, en ce sens que X a droit à des indemnités journalières selon la couverture P de 62 fr. 20 par jour entre le 1^{er} janvier 2004 et le 31 janvier 2005, pour une somme totale de 24'693 fr. 40, avec intérêts à 5 % l'an dès le 21 décembre 2004.

9. Aux termes de l'article 26 bis LTAs, applicable par analogie en matière d'assurances complémentaires à la LAMal, des dépens peuvent être alloués au recourant qui obtient gain de cause et sont supportés par la partie intimée. Ils sont arrêtés globalement dans le jugement et leur montant doit être fixé en tenant compte du travail et de la perte de temps occasionnés par le procès.

En l'espèce, le demandeur, qui obtient partiellement gain de cause, a bénéficié des services d'un avocat, soit d'un mandataire dûment autorisé qui peut se voir accorder des dépens. Il a ainsi droit à des dépens qu'il convient de fixer à 2'000 francs.

**Par ces motifs,
le Tribunal des assurances
prononce :**

I. Les conclusions de la demande déposée le 10 novembre 2004 par le demandeur X à l'encontre de la défenderesse Y SA sont admises partiellement.

II. La défenderesse doit verser au demandeur des indemnités journalières entre le 1^{er} janvier 2004 et le 31 janvier 2005, pour une somme totale de 24'693 fr. 40 (vingt-quatre mille six cent nonante-trois francs et quarante centimes), avec intérêts à 5 % l'an dès le 21 décembre 2004.

III. La défenderesse versera au demandeur, soit à son conseil, la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.

IV. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

La présidente :

La greffière :



Du **31 JAN. 2007**

Le présent jugement, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est communiqué aux parties par lettre signature avec accusé de réception.

Si, d'après leurs conclusions, les droits contestés en première instance n'atteignent pas une valeur de 8'000 fr., les parties peuvent recourir au Tribunal cantonal dans un délai de dix jours dès la notification du présent jugement, en déposant, au greffe du Tribunal cantonal des assurances, Route du Signal 8, 1014 Lausanne, un acte de recours en deux exemplaires désignant le jugement attaqué et contenant leurs conclusions en réforme, éventuellement en nullité ou, à défaut, en indiquant sur quels points le jugement est attaqué et quelle est la modification demandée.

Si, d'après leurs conclusions, les droits contestés en instance cantonale atteignent une valeur d'au moins 8'000 fr., il est loisible aux parties d'interjeter un recours en réforme au Tribunal fédéral, dans un délai de 30 jours dès la réception de la communication écrite de la décision. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au greffe du Tribunal cantonal des assurances, Route du Signal 8, 1014 Lausanne.

Outre la désignation de la décision attaquée et de la partie intimée, l'acte de recours doit contenir :

- a. Dans les contestations de nature pécuniaire lorsque le montant de la réclamation n'est pas déterminé, la mention que la valeur exigée est atteinte, ainsi que, éventuellement, les motifs pour lesquels le recourant conteste une constatation contraire de la juridiction inférieure;
- b. L'indication exacte des points attaqués de la décision et des modifications demandées. Le simple renvoi aux conclusions formulées dans la procédure cantonale ne suffit pas. Il ne peut être présenté de conclusions nouvelles;
- c. Les motifs à l'appui des conclusions. Ils doivent indiquer succinctement quelles sont les règles de droit fédéral violées par la décision attaquée et en quoi

consiste cette violation. Il ne peut être présenté de griefs contre les constatations de fait, ni de faits, exceptions, dénégations et preuves nouveaux, ni d'observations sur la violation du droit cantonal;

d. Lorsque la constatation d'un fait que la juridiction cantonale doit apprécier d'après le droit fédéral est attaquée pour le motif qu'elle repose manifestement sur une inadvertance, l'indication exacte de cette constatation et la pièce du dossier qui la contredit;

e. Le cas échéant, la demande d'assistance judiciaire (art. 152 OJF).

(art. 43 ss OJF, spéc. art. 46, 54 et 55).

Le jugement est également communiqué à l'Office fédéral des assurances privées (art. 49 al. 2 LSA).

La greffière :

**PHOTOCOPIE CERTIFIÉE
CONFORME A L'ORIGINAL**



fb