

**CHAMBRE DES RECOURS**

---

Séance du 3 octobre 2007

---

Présidence de Mme E P A R D , présidente  
Juges : MM. F. Meylan et Colombini  
Greffier : M. Elsig, greffier-substitut

\*\*\*\*\*

**Art. 29 al. 2 Cst.; 33, 61 LCA; 444, 452 al. 1 ter CPC; 1<sup>er</sup> du décret du 20 mai 1996 relatif à l'attribution au Tribunal cantonal des assurances de la compétence du contentieux des assurances complémentaires à l'assurance-maladie; 15 al. 2 LTAs**

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par X., à Orbe, demanderesse, contre le jugement rendu le 21 février 2007 par le Tribunal des assurances du canton de Vaud dans la cause divisant la recourante d'avec A. **ASSURANCES SA**, à Lausanne, défenderesse.

Délibérant en audience publique; la cour voit :

**En fait :**

A. Par jugement du 21 février 2007, envoyé le 15 mars 2007 pour notification, le Tribunal des assurances du canton de Vaud a rejeté les conclusions de la demanderesse X.

La Chambre des recours fait sien dans son entier l'état de fait du jugement, dont il ressort ce qui suit :

"A. X., née en 1965, a été assurée auprès de A. Assurances SA au titre de son activité salariée exercée au taux de 100 % au service de Y. Sa couverture d'assurance procédait d'un contrat collectif pour perte de gain régi par la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (ci-après : LCA), souscrit par l'employeur au bénéfice de l'ensemble de son personnel. Cette couverture garantissait une indemnité journalière de 80 % du salaire en cas d'incapacité de travail due à une maladie, les prestations assurées étant versées, pour une ou plusieurs maladies, pendant 720 jours au plus.

Le 29 avril 2002, l'assurée a été victime d'un accident professionnel : elle a ressenti une douleur dans la région sacrée en tentant de retenir une colonne de lait de 360 litres. Le cas a été pris en charge par la caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (ci-après : CNA) au titre de l'assurance-accidents (LAA). L'assurée a repris le travail le 29 juillet suivant à 100 pour-cent. Une intensification des douleurs a toutefois entraîné une incapacité de travail de 25 %, accordée par son médecin-traitant afin que la patiente puisse suivre une physiothérapie intensive. Lors de l'accident, l'intéressée travaillait au rayon des produits laitiers, soit dans une activité exposée au port de charges ainsi qu'au froid et à l'humidité.

Par décision du 26 novembre 2002, la CNA a mis fin à ses prestations au 30 novembre suivant, estimant, sur la base de l'avis de son médecin d'arrondissement, que le statu quo sine étant atteint dès le lendemain. A. a formé opposition à cet acte administratif le 3 décembre 2002; cette contestation a été retirée le 22 janvier suivant après que la caisse ait pris connaissance du dossier que lui avait adressé la CNA.

Dans un rapport du 16 juin 2004, le Dr E., généraliste à Orbe et médecin-traitant de l'assurée, a indiqué que, lors de l'examen clinique pratiqué à l'époque de l'accident, il avait constaté une palpation sensible de l'ensemble de la région lombaire basse et surtout de la région sacrée, les inflexions latérales entraînant en outre des douleurs lombo-sacrées controlatérales. Le bilan radiologique n'avait rien révélé et le médecin-traitant avait conclu à des micro-claquages de la musculature lombo-sacrée. L'évolution avait été favorable et la patiente avait pu reprendre le travail le 29 juillet 2002, malgré la persistance par la suite des douleurs lombo-sacrées. Il a ajouté que la patiente avait présenté des symptômes dépressifs, en particulier des troubles du sommeil et une irritabilité. Dès la fin de l'année 2003, sont apparues des douleurs du haut du rachis et de la nuque irradiant parfois les membres supérieurs associées à une importante fatigue et fatigabilité. Il a attesté d'une incapacité de travail de 100 % dès le 26 janvier 2004 malgré l'adaptation du poste de travail, une reprise à 50 % ayant été tentée du 23 février au 19 mars 2004. D'autres tentatives de reprises, d'un jour chacune, ont eu lieu les 31 mai, 1<sup>er</sup> août (jour férié pourtant) et 1<sup>er</sup> novembre 2004 selon un décompte établi par l'employeur (cf. décompte du 21 septembre 2005).

Le 29 juin 2004, à la demande de son médecin-traitant, l'assurée a été examinée par le Dr F. de l'unité rachis du Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV). Dans son rapport du 6 juillet suivant, ce praticien a posé les diagnostics de fibromyalgie et de cervico-lombalgies et comme comorbidité un probable état anxio-dépressif. Il note un tableau de fibromyalgie assez typique, en l'absence de tout point douloureux en dehors des zones de palpation classique. Les traits parlant en faveur d'une dépression étaient une tristesse, un retrait social, une irritabilité, une anhédonie, des troubles mnésiques et de la concentration, une hyperaffectivité, une fatigue, des sentiments de frustration sans sentiment d'inutilité dans l'existence. Aucun argument qu'il soit anamnétique, clinique ou radiologique ne parlait en faveur d'un éventuel rhumatisme inflammatoire. L'évolution était jugée "plutôt favorable" dans un délai de l'ordre de six à douze mois, si l'assurée parvenait à reprendre à 30 % une activité de vendeuse en confection, qui est une activité sans exposition au froid et n'impliquant pas de port de charges lourdes. Il indiquait en outre qu'une éventuelle prise en charge en milieu thermal pourrait être envisagée, de même la patiente avait été rendue attentive à l'importance de l'activité physique dans la prise en charge d'une fibromyalgie.

Dans un rapport du 17 août 2004, le Dr E. a indiqué que l'état de la patiente ne permettait pas encore d'envisager une reprise de travail même à temps partiel.

A. a confié un mandat d'expertise au Dr G. spécialiste FMH en médecine interne-rhumatologie, à Lausanne, qui a examiné l'assurée les 28 janvier et 14 février 2005. Dans un rapport du 15 février suivant, il a posé les diagnostics de syndrome somatoforme douloureux (prédominance fibromyalgique), de troubles statiques de la colonne vertébrale avec dysbalance musculaire et d'état dépressif chez une personnalité alexithymique. Il a indiqué que la palpation musculaire était décrite comme douloureuse autant au niveau des membres supérieurs que des membres inférieurs ainsi qu'au niveau para-vertébral des deux côtés et des ceintures scapulaires. Les 18 points de fibromyalgie étaient particulièrement sensibles. Il a relevé que l'état de la patiente ne justifiait au jour de l'expertise aucune incapacité de travail pour ce qui est de son status rhumatologique, précisant qu'"en tout cas il ne s'agit pas d'un problème rhumatologique (..)"; en revanche "sur le plan global, qui prédominait, seule une appréciation psychiatrique permettrait de trancher dans la mesure où celle-ci (sic) était possible". Une reprise du travail à 100. % était "impensable". Sur le plan rhumatologique, l'expertisée pourrait effectuer toute activité légère sans port de charges et sans positions debout-assise prolongées. Il était en outre indiqué que l'expertisée avait déposé une demande de rente de l'assurance-invalidité en décembre 2004.

Par courrier du 10 mars 2005, la caisse, sur la base de l'avis de son médecin-conseil le Dr H. a reconnu à l'assurée une incapacité de travail de 50 % dès le 1<sup>er</sup> novembre 2004, et lui a enjoint de reprendre son travail à 50 %, dès le 17 mars 2005, au service de son employeur dans une activité qui lui serait proposée. Cette nouvelle tentative a été un échec. Une reprise a été tentée comme caissière au rayon textile, en vain également. L'assureur a versé les prestations en espèces jusqu'au terme du contrat d'assurance, qui a pris fin au 17 janvier 2006 selon les décomptes incontestés de l'assureur datés des 21 septembre et 21 novembre 2005, l'indemnité journalière versée dès le 1<sup>er</sup> novembre 2004 étant fondée sur un taux d'incapacité de travail de 50 pour-cent.

Dans un courrier du 12 avril 2005 adressé au médecin-traitant de l'assurée, le Dr H. a estimé que celle-ci était capable de travailler à 50 % dans une activité légère.

Le Dr F. a examiné une nouvelle fois l'assurée le 25 mai 2005. Dans son rapport du 30 mai suivant, il a relevé que les plaintes formulées par l'intéressée étaient les mêmes qu'en 2004, bien que plus intenses, un état dépressif étant en outre mentionné. Il a noté que la description faite par la patiente de l'exercice physique qu'elle pratiquait, n'était pas suffisante pour arriver au seuil d'endurance nécessaire pour voir éventuellement cet exercice devenir efficace en terme d'antalgie, de régulation neurovégétative et par conséquent de diminution éventuelle de son problème douloureux. Il concluait son avis comme il suit : "(...) sur le plan de la capacité professionnelle, il est certain que, théoriquement, X.

pourrait travailler, mais ceci à une condition expresse, c'est-à-dire qu'elle voie sa situation s'améliorer. En effet, son seuil de tolérance à la douleur ne lui permet actuellement pas, et aucune mesure contraignante ne permettrait de modifier cette situation".

**B.** X., représentée par l'avocat Nicolas Rouiller, a saisi le Tribunal d'arrondissement de Lausanne le 31 janvier 2006, concluant à ce que A. soit sa débitrice de 27'037 fr. 65 avec intérêt à 5 % l'an dès et y compris le 17 janvier 2006, cette somme correspondant à des indemnités journalières pour le 50 % supplémentaire d'incapacité de gain allégué pour la période du 1<sup>er</sup> novembre 2004 au 17 janvier 2006. Dans sa demande, elle a précisé que "l'avis d'un spécialiste supplémentaire serait superfétatoire et contraire à l'économie de procédure". Le juge civil a décliné sa compétence *ratione materiae* par jugement incident du 19 mai 2006 et a reporté la cause devant le tribunal de céans.

Dans sa réponse du 21 septembre 2006, la défenderesse a conclu au rejet de la demande. Elle a fait valoir que la demanderesse avait failli à son obligation de diminuer le dommage, au sens de l'article 61 LCA, tant en ce qui concerne la reprise d'une activité idoine que la compliance thérapeutique. Dans ses déterminations du 13 novembre 2006, la demanderesse a maintenu sa position, en relevant qu'elle avait tenté de reprendre son travail à cinq reprises, les dernières fois à temps partiel et avec un cahier des charges allégé, mais avait dû renoncer à chaque fois en raison de ses douleurs. Dans l'hypothèse où le tribunal estimerait que les rapports médicaux figurant au dossier ne permettraient pas d'établir une incapacité totale de travailler, elle a requis qu'une expertise soit ordonnée.

**C.** Le contrat collectif et les conditions d'assurance y applicables ont été produits, à savoir les conditions générales (ci-après : CGA) des assurances complémentaires de l'assurance maladie et accidents, édition 1999, ainsi que les conditions spéciales de l'assurance complémentaire "JOB" pour incapacité de

travail, également édition 1999. Le dossier comporte en outre de larges extraits du dossier de la CNA, s'agissant notamment des décisions (formelles ou non) de cet assureur, ainsi qu'un rapport du 6 novembre 2002 de son médecin d'arrondissement, le Dr I. Une audience d'instruction a été tenue le 8 janvier 2007 en présence des parties. L'audition de divers témoins n'a rien apporté de déterminant, sauf celle de l'ancien supérieur hiérarchique de la demanderesse, qui a confirmé que le denier emploi occupé par l'intéressée n'exigeait pas de port de charges et ne se faisait pas dans le froid ni l'humidité (cf. procès-verbal d'audience, p. 3). Il a en outre été confirmé que l'assurée est socialement intégrée, allant à la messe du dimanche et donnant des cours de catéchisme à des enfants (cf. procès-verbal d'audience, p. 4). Il résulte également des témoignages que la demanderesse a consulté une psychiatre de mars à septembre 2006 (cf. procès-verbal d'audience, p. 5). Au cours de cette audience, la demanderesse a déclaré que la procédure auprès de l'assurance-invalidité était en cours et les parties se sont accordées à dire qu'elles n'avaient pas de requête d'instruction sur ce point. Par ailleurs, la demanderesse s'est opposée à la production d'un rapport de la psychiatre qu'elle avait consulté."

En droit, les premiers juges ont considéré que les conditions d'une pleine indemnisation n'étaient pas réalisées.

**B.** X. a recouru contre ce jugement en concluant, avec dépens, principalement à son annulation et, subsidiairement, à sa réforme en ce sens que la défenderesse doit lui payer la somme de 27'037 fr. 65 avec intérêt à 5 % l'an dès le 17 janvier 2006.

La recourante n'a pas déposé de mémoire à l'appui de son recours, déjà motivé.

L'intimée A. Assurances SA a conclu, avec dépens, au rejet du recours.

**En droit :**

1. Le présent litige relève de l'assurance-maladie complémentaire, soumise au droit privé et, partant, à la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA, RS 221.229.1), en vertu de l'article 12 alinéas 2 et 3 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (ci-après : LAMal; RS 832.10).

Dans le canton de Vaud, le contentieux des assurances complémentaires est de la compétence du Tribunal des assurances (art. 86 LAMal; art. 1er du décret du 20 mai 1996 relatif à l'attribution au Tribunal cantonal des assurances de la compétence du contentieux des assurances complémentaires à l'assurance-maladie, ci-après : le décret du 20 mai 1996; RSV 173.431; Journal des Tribunaux [JT] 2006 III 18, c. 1a p. 20; JT 1999 III 106, c. 1b).

Sous l'empire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ), les jugements du Tribunal des assurances ou de son président relatifs aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie (art. 12 al. 2 LAMal) ne pouvaient être contestés devant la Chambre des recours que lorsque le recours en réforme fédéral n'était pas ouvert, soit lorsque la valeur litigieuse était inférieure à 8'000 fr. (art. 46 OJ; Ch. rec., B. c. Intras, 27 mai 2005, n° 409; Fonjallaz, Compétence et procédure en matière de contentieux des assurances complémentaires à l'assurance maladie, in JT 2000 III 79, sp. p. 83; cf. aussi JT 2006 III 18, c. 1b p. 20).

La loi sur le Tribunal fédéral (ci-après : LTF, RS 173.110), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 et qui a abrogé l'OJ (art. 131 al. 1<sup>er</sup> LTF) prévoit que, dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que, notamment, si la valeur litigieuse s'élève au moins à 30'000 fr. (art. 74 al. 1<sup>er</sup> litt. b) ou, lorsque la valeur litigieuse minimale n'est pas atteinte, si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 74 al. 2 litt. a). En matière pécuniaire, la valeur litigieuse correspond aux droits contestés dans la dernière instance cantonale (JT 2006 III 18, c. 1b p. 20).

En l'espèce, le recours est dirigé contre un jugement rendu par le Tribunal des assurances en matière d'assurance-maladie complémentaire. Les

conclusions du recours s'élèvent au montant de 27'037 fr. 65, qui détermine la valeur litigieuse (art. 116 de la loi vaudoise d'organisation judiciaire [LOJV, RSV 173.01] applicable par analogie aux recours cantonaux et 74 al. 1<sup>er</sup> litt. b LTF). On se trouve donc en dessous du seuil posé à l'article 74 alinéa 1<sup>er</sup> lettre b LTF. Par ailleurs, le présent litige ne paraît pas non plus poser une question juridique de principe (art. 74 al. 2 litt. a LTF). Le recours en matière civile au Tribunal fédéral n'apparaît ainsi pas ouvert. Déposé en temps utile par une partie qui y a intérêt, le présent recours est donc recevable devant la Chambre des recours.

2. La recourante conclut principalement à l'annulation du jugement. Elle fait grief aux premiers juges de n'avoir pas tenu une audience de débats permettant aux parties de plaider après que les preuves ont été administrées. Elle invoque une violation de son droit d'être entendue.

a) Selon la jurisprudence, la garantie du droit d'être entendu posé par l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (ci-après : Cst.; RS 101) comprend le droit de s'exprimer sur tous les points essentiels avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, 2<sup>ème</sup> éd., vol. II, 2006, n° 1332, p. 606 et références).

Le droit d'être entendu est une prescription de nature formelle dont la violation entraîne l'annulation de la décision sans qu'il soit nécessaire d'examiner le bien-fondé du recours sur le fond (Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse [ATF] 126 I 19, c. 2d/bb; ATF 126 V 130 c. 2b et références). Toutefois, l'annulation peut être évitée lorsque l'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir d'examen, lui permettant de réparer le vice en deuxième instance (ATF 126 V 130 précité) ou lorsque l'informalité n'est pas de nature à influencer sur le jugement (Tribunal Fédéral [TF], arrêt n° 5P.345/2005, du 23 décembre 2005, c. 4.2.2; ATF 109 Ia 217, c. 5b).

b) Le décret du 20 mai 1996 ne comporte aucune règle quant à la procédure applicable dans les litiges en matière d'assurances complémentaire à l'assurance-maladie. Le droit fédéral impose, quant à lui, une procédure simple et

rapide, dans laquelle le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves, et la gratuité de la procédure, sauf témérité (art. 85 al. 2 et 3 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (ci-après : LSA; RS 961.01; art. 47 al. 2 et 3 aLSA) (Fonjallaz, op. cit., p. 82). La cour de céans a considéré que la procédure ordinaire applicable devant la Cour civile n'était pas compatible avec le principe de la maxime d'office institué par l'article 47 alinéa 2 aLSA et qu'il convenait, devant cette autorité d'appliquer la procédure accélérée en l'adaptant aux exigences de cette disposition (Ch. rec., A. Caisse-maladie c. ..., 2 février 2000, cité par Fonjallaz, op. cit., pp 82-83).

c) Selon l'article 15 alinéa 2 de la loi du 2 décembre 1959 sur le Tribunal des assurances (ci-après : LTAs; RSV 173.41), dans le cadre de l'instruction, le juge instructeur peut ordonner les débats, l'article 34 étant réservé. Ledit article 34 LTAs, applicable dans les litiges relatifs à l'assurance-accident, prévoit que le juge instructeur ordonne les débats, sauf renonciation des parties. Le juge instructeur peut ordonner d'office les mesures d'instruction qu'il juge nécessaire (art. 13bis al. 1<sup>er</sup> LTAs). Le jugement peut tenir compte des faits qui n'ont pas été invoqués par les parties (art. 21 al. 2 LTAs). La procédure est gratuite, sauf témérité (art. 26 LTAs). Cette procédure se caractérise par sa simplicité formelle et par la maxime inquisitoire (Ritter, Aspects choisis de la procédure devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud, JT 1992 III 98 et 107 ss).

d) En l'espèce, il apparaît que la procédure devant le Tribunal des assurances répond aux réquisits de l'article 85 alinéas 2 et 3 LSA. A défaut de règles relatives à la procédure dans le décret du 20 mai 1996, il y a lieu de considérer que la LTAs était applicable en première instance. En particulier, on ne saurait tirer de l'arrêt A. c. ... susmentionné que la procédure accélérée devait s'appliquer au litige. En effet, dans cet arrêt, la cour de céans statuait sur un recours contre un jugement du Juge instructeur de la Cour civile et a considéré qu'il convenait, vu les exigences posées par l'article 47 alinéas 2 et 3 aLSA, de déroger aux règles ordinaires déterminant la procédure applicable devant la Cour civile. Cette nécessité n'existe pas avec la LTAs. Les arguments de la recourante fondés sur la procédure accélérée du Code de procédure civile du 14 décembre 1966 (ci-après : CPC; RSV 270.11) ne sont donc pas pertinents.

L'article 15 alinéa 2 LTAs donne au juge instructeur la faculté d'ordonner des débats, mais ne lui impose pas cette mesure d'instruction, sauf dans les litiges en matière d'assurance-accident où l'article 34 LTAs s'applique. La recourante ne saurait fonder en conséquence son grief sur la violation de cette disposition, le présent litige relevant de l'assurance-maladie privée.

La recourante a fait valoir ses moyens dans une demande du 13 janvier 2006, puis dans des "déterminations" du 13 novembre 2006. Elle a pu s'exprimer à l'audience du 8 janvier 2007 et a reçu communication du procès-verbal de cette audience. Assistée d'un avocat, on doit admettre qu'elle était en mesure, s'il elle l'estimait nécessaire, de requérir soit à l'audience, soit à réception du procès-verbal, que des débats soient ordonnés ou déposer spontanément des observations sur le contenu du procès-verbal. Ne l'ayant pas fait, il y a lieu de considérer qu'elle a renoncé à s'exprimer sur les déclarations des témoins consignées audit procès-verbal (ATF 132 I 42, c. 3.3.2 à 3.3.4 et références). Au surplus, comme on le verra, la cour de céans jouit d'un plein pouvoir d'examen dans le cadre du recours en réforme, de sorte qu'elle sera à même de corriger une éventuelle informalité sur ce point.

Le recours en nullité doit en conséquence être rejeté et il convient d'examiner le recours en réforme.

3. En matière de recours en réforme contre un jugement principal rendu par le Tribunal des assurances, le pouvoir d'examen de la Chambre des recours correspond à celui qu'elle a en matière de jugement rendu par un tribunal d'arrondissement tel que défini à l'article 452 CPC (Ch. rec., G. c. S. SA, du 5 avril 2007, n° 276/I).

La Chambre des recours revoit en conséquence librement la cause en fait et en droit (art. 452 al. 2 CPC). Les parties ne peuvent toutefois articuler des faits nouveaux, sous réserve de ceux qui résultent du dossier et qui auraient dû être retenus ou de ceux pouvant résulter d'une instruction complémentaire selon l'article 456a CPC (art. 452 al. 1 ter CPC).

Ainsi, le Tribunal cantonal revoit la cause en fait et en droit sur la base du dossier, sans réadministration des preuves déjà administrées en première instance (JT 2003 III 3). Il développe donc son raisonnement juridique après avoir vérifié la conformité de l'état de fait du jugement aux preuves figurant au dossier et l'avoir, le cas échéant, corrigé ou complété (ibidem).

En l'espèce, l'état de fait du jugement est conforme aux pièces du dossier et aux autres preuves administrées. Il convient toutefois de le compléter comme il suit :

- Par lettre du 25 octobre 2004, la défenderesse a informé la demanderesse qu'elle considérait que l'incapacité de celle-ci n'était pas justifiée à 100 % et l'a invitée à reprendre son activité professionnelle dès le 1<sup>er</sup> novembre 2004, date à laquelle elle cesserait de verser les indemnités journalières.

Dans son rapport du 15 février 2005, le Dr G. a notamment répondu aux questions de la défenderesse de la manière suivante :

**"4) l'état de la patiente justifie-t-il encore aujourd'hui une incapacité de travail ?**

Comme dit précédemment, la réponse est non sur le plan "rhumatologique pur".

Sur le plan global, qui prédomine, seule une appréciation psychiatrique permettrait de trancher dans la mesure où celle-ci était possible.

**5. Une reprise à 100 % peut-elle être envisagée et quand ?**

Plusieurs reprises de travail à temps partiel ont été tentées en vain. Tant que le problème global ne sera résolu (pourra-t-il l'être), cette reprise est impensable.

**6. Pensez-vous que l'assurée peut exercer une activité lucrative dans un poste mieux adapté ?**

Non

**7. Dans l'affirmative, pouvez-vous décrire le type d'activité qu'elle pourrait exercer malgré son affection ?**

En ce qui concerne uniquement le problème rhumatologique, elle pourrait effectuer toute activité légère sans port de charges et sans position debout – assise prolongées. Néanmoins, il ne s'agit pas à mon avis d'un problème rhumatologique.

**8. Disposez-vous d'indices permettant de penser que la patiente aurait pu reprendre le travail plus précocement ou qu'elle n'a pas fait tout ce qui était en son pouvoir pour recouvrer sa capacité de travail ?**

Non."

- Entendu comme témoin, P., supérieur hiérarchique de la demanderesse a notamment déclaré qu'après son accident, celle-ci était motivée à reprendre son travail, qu'elle avait manifesté la volonté de travailler et qu'entre novembre 2002 et janvier 2004, son travail avait donné satisfaction. Il a en outre précisé que la tentative de placement de la demanderesse au rayon textile, dans un poste où elle devait rester debout, avait échoué malgré la bonne volonté de l'intéressée.

- Il ressort d'une attestation de la défenderesse du 21 novembre 2005 que celle-ci a versé, dès le 1<sup>er</sup> novembre 2004 jusqu'au 31 octobre 2005, des indemnités mensuelles de 1'549 fr. 15 pour une incapacité de travail de 50 %.

Il n'y a pas lieu de procéder à d'autre complément, ni à une instruction complémentaire, la cour de céans étant à même de statuer en réforme.

4. a) La recourante fait valoir que les spécialistes qui l'ont examinée n'ont pas considéré qu'elle était à même de travailler à 50 %, qu'ils ont relevé qu'il n'y a ni simulation ni mauvaise volonté de sa part, éléments confirmés par les témoignages. Elle relève qu'elle a suivi de sa propre initiative des traitements contre sa maladie et que le traitement de balnéothérapie que les premiers juges lui ont reproché de ne pas avoir suivi n'a été qu'envisagé par les médecins, mais pas prescrit par ceux-ci. Elle soutient que les conditions posées par la jurisprudence à la prise en charge de la fibromyalgie sont réalisées vu ses cinq tentatives de reprise du travail, une expertise psychiatrique n'étant plus possible en raison de l'écoulement du temps.

**b)** La LCA ne règle pas spécifiquement – à l'exception du droit propre contre l'assureur conféré par l'article 87 LCA -, l'assurance-maladie complémentaire privée. Toutefois, dans la mesure où cette assurance tend à compenser une perte effective de gain, elle constitue une assurance de dommage, régie par les articles 48 à 72 LCA (Bucher, Assurance maladie privée, 2<sup>ème</sup> éd. 1985, pp. 17-18).

**aa)** Selon l'article 33 LCA, sauf disposition contraire de la loi, l'assureur répond de tous les événements qui présentent le caractère du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue, à moins que le contrat n'exclue certains événements d'une manière précise, non équivoque. Il y a donc lieu de se reporter en premier lieu aux conditions d'assurance pour déterminer ce que recouvre notamment la notion de maladie (Viret, Assurances-maladie complémentaires et loi sur le contrat d'assurance, in LAMal-KVG, IRAL, 1997, pp. 666 ss, spéc., p. 677).

En l'espèce, l'article 3 lettre c CGA définit la maladie comme toute atteinte à la santé physique ou mentale qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail. Cette définition est celle de l'article 2 alinéa 1<sup>er</sup> LAMal (cf. Viret, op. cit., pp. 677-678).

**bb)** La doctrine distingue "incapacité de travail" et "incapacité de gain" - qui équivaut à une invalidité -. La première est l'incapacité d'exercer son activité professionnelle, alors que la seconde couvre l'incapacité d'exercer toute autre activité lucrative correspondant à sa situation, à ses connaissances et à ses aptitudes, les conditions d'admission de la seconde étant plus strictes (Bucher, op. cit., p. 36; Agier, L'assurance collective perte de gain en cas de maladie avant l'entrée en vigueur de la LAMal et après, in LAMal-KVG, IRAL, 1997, pp. 567 ss, spéc., pp. 577-578; dans l'assurance-maladie sociale, Eugster, Zum Leistungsrecht der Taggeldversicherung nach KVG, in LAMal-KVG, IRAL, 1997, pp. 497 ss, spéc., pp. 513-514 et références; ATF 114 V 288, c. 4b).

En l'espèce, l'article 1<sup>er</sup> des Conditions spéciales de l'assurance complémentaire JOB pour incapacité de travail (ci-après : les conditions spéciales) dispose que l'assurance a pour but le versement d'indemnités journalières en cas d'incapacité de travail consécutive au risque maladie (ch. 1); est réputée incapacité de travail toute impossibilité médicalement constatée d'exercer pour, l'assuré, une activité lucrative (ch. 2).

Il s'agit donc d'une assurance visant à couvrir une incapacité de travail au sens de la définition de la doctrine précitée - sous réserve de l'obligation de diminuer le dommage -, et non une invalidité. Dans ces circonstances, on ne saurait suivre les premiers juges lorsqu'ils appliquent à la présente espèce les conditions posées par le Tribunal fédéral à la reconnaissance d'une invalidité en cas de fibromyalgie (ATF 130 V 398), les conditions d'admission d'une invalidité étant plus strictes que celle d'une incapacité de travail. Il convient donc d'examiner, au regard des définitions des CGA et des conditions spéciales, si l'on se trouve en présence d'une incapacité de travail totale ouvrant le droit aux prestations réclamées.

cc) Le jugement fait état de quatre avis médicaux, soit ceux du médecin traitant de la recourante, le Dr E. du médecin conseil de l'intimée, le Dr H. du Dr F. spécialiste mandaté par le Dr E., et du Dr G., spécialiste mandaté par l'intimée. Il n'y a pas lieu de tenir compte des avis divergents des Drs E. et H. les deux fondant leurs avis sur les rapports des experts et ayant des liens avec les parties.

Dans son rapport du 29 juin 2004, le Dr F. pose les diagnostics de fibromyalgie et ce cervico-lombalgies et comme commorbidité un probable état anxio-dépressif, les traits parlant en faveur d'une dépression étant la tristesse, un retrait social, une irritabilité, une anhédonie, des troubles mnésiques et de la concentration, une hyperaffectivité, une fatigue, des sentiments de frustration sans sentiment d'inutilité dans l'existence. Le Dr F. précisait que si la recourante "arrivait" à reprendre une activité de vendeuse en confection à 30 % en se gardant le temps de faire une physiothérapie douce, la situation devait être plutôt favorable dans un délai de six à douze mois. Toutefois, dans son rapport du 30 mai 2005, le Dr F. constatait que les plaintes de la recourante étaient les mêmes qu'en 2004, bien que plus intenses, et indiquait que si, théoriquement, celle-ci pourrait travailler, cela était conditionné par une amélioration de sa situation.

Dans son rapport du 15 février 2005, le Dr G., pose les diagnostics de syndrome somatoforme douloureux (prédominance fibromyalgique), de troubles statiques de la colonne vertébrale avec dysbalance musculaire et d'état dépressif chez une personnalité alexithymique. S'il relève que sur le plan rhumatologique pur, l'état de la recourante ne justifie pas d'une incapacité de travail, il constate que, tant

que le problème global ne sera pas résolu, une reprise du travail à 100 % est impensable et que la recourante ne peut exercer une activité lucrative dans un poste mieux adapté.

Ainsi, les deux experts posent des diagnostics semblables et arrivent à la même conclusion, savoir qu'une reprise d'une activité n'est pas possible en l'état, vu le problème global - comprenant un facteur psychique - de la recourante. Au vu de ces éléments, il y a lieu de considérer comme établi que la recourante était en incapacité de travail à 100 % durant la période litigieuse. Dans ces circonstances, il appartenait à l'intimée de faire procéder à une expertise psychiatrique de la recourante si elle entendait remettre en cause l'appréciation des experts.

c) Selon l'article 61 LCA, lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage; s'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur sur les mesures à prendre et s'y conformer (al. 1<sup>er</sup>). Si l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2).

La jurisprudence a précisé qu'en matière d'assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA, cette disposition était 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 (ATF 133 III 527, c. 3.2.1 et références).

Par le terme "raisonnable", il faut comprendre que la mesure tendant à diminuer le dommage doit être possible et qu'elle peut être prise au regard des circonstances concrètes du cas. Il faut partir de ce qu'une personne raisonnable ferait dans la même situation tout en prenant en compte les circonstances personnelles de l'ayant droit (Hönger/Süsskind, Basler Kommentar, 2001, n. 15 ad art. 61 LCA, p. 862).

La réduction des prestations en application de l'article 61 LCA présuppose une faute de l'ayant droit, qui ne doit pas être appréciée d'un point de vue objectif, mais en prenant en compte les caractéristiques personnelles de celui-ci, comme l'âge, le sexe, la santé, la formation, la profession, le tempérament, le caractère peureux, ou encore sa réaction concrète à l'événement assuré (Hönger/Süsskind, op. cit., n. 27 ad art. 61 LCA, pp. 866-867; Weber, Die versicherungsrechtliche Schadenminderung – Probleme und die Abhilfe im Vorentwurf Totalrevision VVG, Revue de droit suisse [RDS] 2007 I 389 ss, spéc., pp. 402-403).

Il appartient à l'assureur d'établir que l'ayant droit a violé son obligation de diminuer le dommage et que les mesures visant ce but pouvaient être raisonnablement imposées à l'assuré. Il appartient en revanche à l'assuré d'établir que son comportement était excusable, sa faute étant présumée (Hönger/Süsskind, op. cit., n. 30 ad art. 61 LCA, pp. 867-868).

L'article 4 chiffre 2 des conditions spéciales dispose notamment que le droit aux prestations est subordonné à la condition que l'assuré soit suivi tant que son état l'exige et qu'il ne peut changer de praticien qu'avec le consentement de l'assureur. Le chiffre 4 précise que le droit aux prestations est suspendu si l'assuré ne suit pas un traitement médical adéquat ou s'il ne se conforme pas aux prescriptions de son médecin ou du médecin-conseil de l'assureur.

En l'espèce, la recourante a tenté quatre fois de reprendre une activité auprès de son employeur, tentatives qui se sont soldées par un échec. Le témoignage de son supérieur hiérarchique démontre qu'elle a manifesté de la bonne volonté lors de ces tentatives. Il ne ressort en outre pas des rapports des experts qu'elle aurait eu une capacité de travail résiduelle. Le Dr F. indique certes qu'une activité à 30 % était de nature à améliorer l'état de l'intéressée dans un délai de six à douze mois, mais conditionne cette amélioration à la réussite de la reprise de l'activité par l'usage des termes "si elle arrive à reprendre". Quant au Dr G. il indique qu'une activité lucrative dans un poste mieux adapté n'est pas possible et qu'il ne dispose pas d'indices attestant que la recourante aurait pu reprendre son travail plus précocement ou qu'elle n'a pas fait tout ce qui était en son pouvoir pour recouvrer sa capacité de travail.

Les premiers juges ont fait grief à la recourante de n'avoir pas suivi le traitement de balnéothérapie envisagé par le Dr F. Toutefois, il ne ressort pas du jugement ni du dossier que ce traitement aurait été prescrit.

En définitive, il n'apparaît pas qu'une reprise à temps partiel de son activité lucrative pouvait être raisonnablement exigée de la part de la recourante, ni que celle-ci aurait fautivement violé son obligation de diminuer le dommage.

La recourante a en conséquence droit à de pleines indemnités journalières pour la période litigieuse, de sorte que sa créance s'élève à 22'537 francs 65 pour la période du 1<sup>er</sup> novembre 2004 au 19 janvier 2006 ([une demi-indemnité mensuelle de 1'549 fr. 15 x 14 mois] + [une demi-indemnité mensuelle de 1'549 fr. 15 : 31 jours x 17 jours]). L'intérêt moratoire sur cette somme a commencé à courir dès le 17 janvier 2006.

Le recours doit être admis sur ce point.

5. La recourante a allégué en première instance qu'elle a dû engager, avant procès, un avocat pour faire valoir ses droits et que les honoraires de celui-ci n'ont pas été inférieurs à 4'500 francs. Ce montant est compris dans ses conclusions tant de première que de deuxième instances. La recourante n'a toutefois développé aucune argumentation sur ce point dans son mémoire de recours et il n'apparaît pas, au vu des pièces figurant au dossier que ce montant est établi.

Le recours doit en conséquence être rejeté sur ce point.

6. Obtenant gain de cause, la recourante a droit à des dépens de première instance, fixés à 2'000 fr. (art. 26 bis LTAs).

7. En conclusion, le recours doit être admis et le jugement réformé en ce sens que la défenderesse doit payer à la demanderesse les sommes de 22'537 francs 65, avec intérêt à 5 % l'an dès le 17 janvier 2006, et de 2'000 fr. à titre de dépens de première instance.

Obtenant gain de cause, la recourante a droit à des dépens de deuxième instance, fixés à 1'000 fr. (art. 91 et 92 CPC; art. 2 al. 1<sup>er</sup> ch. 33, art. 3 et 5 ch. 2 du tarif du 17 juin 1986 des honoraires d'avocat dus à titre de dépens; RSV 177.11.3).

Le présent arrêt doit être rendu sans frais (art. 235a du tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile; RSV 270.11.5).

Par ces motifs,  
la Chambre des recours du Tribunal cantonal,  
statuant en audience publique,  
prononce :

- I. Le recours est admis.
- II. Le jugement est réformé comme il suit :
  1. A. Assurances SA est la débitrice de X.  
et lui doit immédiat paiement de la somme de 22'537 fr. 65  
(vingt-deux mille cinq cent trente-sept francs et soixante-cinq centimes)  
plus intérêt à 5% l'an dès le 17 janvier 2006.
  2. A. Assurances SA est la débitrice de X.  
et lui doit immédiat paiement de la somme de 2'000 fr. (deux  
mille francs) à titre de dépens.
- III. L'intimée A. Assurances SA doit payer à la recourante X.  
la somme de 1'000 fr. (mille francs) à titre de  
dépens de deuxième instance.
- IV. L'arrêt est rendu sans frais.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

Du 3 octobre 2007

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Nicolas Rouiller (pour X. ),
- A. Assurances SA.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des articles 72 et suivants de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF – RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des articles 113 et suivants LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1<sup>er</sup> LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Tribunal des assurances.

Le greffier :