



TRIBUNAL CANTONAL

AMC 28/07 - 23/2009

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 3 novembre 2009

Présidence de Mme THALMANN
Juges : M. Neu et Mme Röthenbacher
Greffier : M. Simon

* * * * *

Cause pendante entre :

K._____, à Lausanne, recourante, représentée par Me Jean-Pierre Bloch, avocat à Lausanne,

et

Z. _____, à Lausanne, intimée.

Art. 12 al. 2 LAMal, 3 et 33 LCA

E n f a i t :

A. K. _____ (ci-après : l'assurée), née en 1957, vendeuse à P. _____, était assurée collectivement en assurance indemnité journalière selon la LCA auprès de Z. _____. Licenciée avec effet au 31 janvier 2006, elle a passé en assurance individuelle dès le 1^{er} février 2006. Elle a ainsi été au bénéfice d'une couverture perte de gain en cas de maladie prévoyant le versement d'indemnités journalières de 113 fr. dès le 31^{ème} jour, pendant 720 jours dans une période de 900 jours consécutifs.

Le 28 octobre 2005, Z. _____ a reçu de l'employeur de l'assurée un avis de maladie et des certificats médicaux du Dr U. _____, médecin traitant de l'assurée, attestant une incapacité de travail de cette dernière à 100 % du 2 mai au 29 mai 2005 et à 50% dès le 23 août 2005. Dans ses rapports médicaux des 4 novembre 2005 concernant l'incapacité de travail de l'assurée pour le mois de mai 2005 ainsi qu'à partir du 23 août 2005, le Dr U. _____ a posé le diagnostic de protrusion discale L4-L5. Selon le décompte établi le 12 septembre 2007 (p. 59), Z. _____ a versé à l'assurée des indemnités journalières du 23 août 2005 au 31 janvier 2006, soit 162 indemnités sur la base du contrat d'assurance collectif, puis du 1^{er} février au 30 septembre 2006 sur la base du contrat d'assurance individuel, soit 242 indemnités.

Dans un rapport du 23 mars 2006, le Dr U. _____ a écrit ce qui suit :

"[...] K. _____ me consulte pour la première fois début 2004 en raison de douleurs lombaires fluctuantes présentes depuis plus de deux ans, survenues sans cause déclenchante claire.

Sans rentrer dans les détails, ces douleurs persistantes, ont fini par s'aggraver, depuis février 2005, suite, selon la patiente, à une sollicitation professionnelle plus importante.

Dans le bilan, a été démontré la présence de deux hernies discales en bas de la colonne lombaire ainsi que des signes dégénératifs (arthrose).

Les différents traitements, conservateurs puis avec infiltration, n'ont pas permis de faire disparaître ces douleurs, ce qui a finalement abouti à la prescription d'un arrêt de travail à 100% depuis le 4 avril 2005, jusqu'au 22 avril 2005, puis à nouveau depuis le 2 mai 2005 à 100 %, avec une amélioration modérée qui a permis une reprise de travail à 50 % depuis le 23 août 2005, incapacité partielle qui a été maintenue jusqu'à l'annonce de son licenciement.

En effet, cette patiente, caissière chez P._____ toujours appréciée semble-t-il pour la qualité de son travail, se voit signifier son licenciement en 2005 pour la fin du mois de janvier 2006.

D'une façon prévisible, ce licenciement a provoqué initialement un sentiment de colère et d'incompréhension de la part de la patiente, qui s'est sentie trahie par son employeur.

D'une façon logique, ce sentiment de colère initial s'est progressivement transformé en évolution dépressive avec troubles du sommeil, tristesse et extension de syndromes douloureux à d'autres articulations.

En résumé, cette patiente a donc présenté des lombalgies communes sur troubles dégénératifs qui se sont soldées par une incapacité de travail prolongée et un licenciement, très mal vécu psychologiquement.

Du point de vue médical pur, et c'est dans ce sens que j'ai écrit à l'AI, il paraît raisonnable d'imaginer que cette patiente pourrait garder une activité lucrative dans un secteur d'activité adapté à ses douleurs. Un travail léger, limitant le port de lourdes charges, où l'alternance de position assise et debout serait possible, pourrait permettre de préserver sa capacité de gain.

C'est dans ce sens qu'intervient le refus de l'AI, la patiente pouvant ainsi préserver sa capacité lucrative intacte dans une activité adaptée.

Il y a cependant à redouter le fait que dans ce contexte psychologique catastrophique (sentiment de trahison, non reconnaissance de sa souffrance par l'employeur et par les institutions) qu'une reprise de travail soit compromise."

Dans un rapport du 7 avril 2006, le Dr U._____ a diagnostiqué des lombalgies chroniques avec hernie discale L4-L5, L5-S1, ainsi qu'un état dépressif réactionnel. Il estimait l'incapacité de travail à 100% du 28 février 2005 au 3 mars 2005, du 4 avril 2005 au 22 avril 2005, puis du 2 mai 2005 au 28 mai 2005, à 50% du 23 août 2005 au 14 décembre 2005, puis à 100% dès le 15 décembre 2005.

Dans un rapport d'expertise établi le 13 juillet 2006, le Dr X._____, psychiatre FMH, a indiqué notamment ce qui suit :

" K._____ ne présente pas des modalités de comportement profondément enracinées et durables, consistant en des réactions inflexibles à des situations personnelles et sociales de nature très variée. Elle ne présente donc pas de trouble de la personnalité.

L'assurée ne présente pas de trouble somatoforme douloureux persistant. L'OMS décrit ce trouble comme suit : « La plainte essentielle concerne une douleur intense et persistante, s'accompagnant d'un sentiment de détresse, non expliquée entièrement par un processus physiologique ou un trouble physique et survenant dans un contexte de conflits émotionnels et de problèmes psychosociaux suffisamment importants pour être considérés par un clinicien comme la cause essentielle du trouble. Le trouble assure habituellement au patient une aide et une sollicitude accrues de l'entourage et des médecins. ». Cela n'est pas le cas de K._____. En effet, l'assurée souffre d'un trouble physique qui a été diagnostiqué. Elle ne multiplie pas les consultations médicales. Elle ne se trouve pas dans un contexte de conflits émotionnels ni de problèmes psychosociaux importants.

[...] D'un point de vue psychique, il n'y a pas d'incapacité de travail".

Une expertise a été confiée au Dr W._____, rhumatologue FMH, qui a déposé son rapport le 5 septembre 2006. Il a diagnostiqué une lombosciatalgie chronique prédominant à droite, de type L5/S1, et une fibromyalgie probable. Il a également mentionné ce qui suit :

"A l'examen clinique, il y a une surcharge pondérale (IMC 27,3 kg/m²), un abdomen globuleux et 15 points de fibromyalgie douloureux sur 18, sans limitation de la mobilité des articulations périphériques ni signe inflammatoire à ce niveau. La mobilité de la colonne cervicale et dorso-lombaire est dans les limites de la norme avec des douleurs à la mobilisation du rachis et à la palpation de toutes les apophyses épineuses. La musculature para-vertébrale est également douloureuse, sans contracture. D'un point de vue neurologique, il n'y a pas d'argument définitif pour un syndrome radiculaire ni de déficit neurologique.

Le diagnostic retenu est donc celui d'une lombosciatalgie chronique de type L5/S1, prédominant à droite. Malgré l'absence d'argument définitif pour un syndrome radiculaire et l'absence de déficit neurologique, il est possible que la hernie discale participe à la lombosciatalgie par une irritation radiculaire. Si ça n'a jamais été fait, un ENMG des membres inférieurs serait utile. S'il montre une atteinte radiculaire, ça serait un argument important pour une atteinte objective. Il y a aussi un abaissement du seuil de la douleur avec un tableau clinique compatible avec une fibromyalgie, qui participe certainement aux douleurs diffuses. Si ça n'a jamais été fait, un bilan biologique à la recherche d'autres maladies pouvant favoriser des douleurs ostéo-articulaires diffuses est indiqué. Ce bilan sanguin devrait comprendre la recherche d'un syndrome inflammatoire (VS et CRP), un hémogramme, un bilan phosphocalcique (calcium ionisé, phosphates et phosphatases alcalines), un dosage des CK, de la TSH, ainsi qu'un bilan ferrique (cf. notion de cirrhose hépatique chez le père, le plus probablement d'origine éthylique: une hémochromatose doit cependant être envisagée). Si ce bilan est normal, on pourra retenir le diagnostic de fibromyalgie.

En ce qui concerne la capacité de travail, on peut considérer que celle-ci est limitée lors de ports de charges de 10 kg et plus, lors de mouvements répétitifs du rachis, lors de maintiens de positions en porte-à-faux de la colonne dorso-lombaire. Pour les autres types d'activités, il n'y a pas de limitation de la capacité de travail. Dans un emploi de vendeuse et caissière à P._____, tel qu'elle le décrit (il semble que ce poste nécessite qu'elle travaille à la caisse du magasin, mais qu'elle transporte aussi des cageots de fruits et légumes dans les rayons; ceux-ci pèsent environ 15 à 20 kg), il y a une réduction de la capacité de travail. On peut considérer que dans son dernier emploi, la capacité de travail est de 50 % dès maintenant. Toutes les activités de transports de charges lourdes (cf. cageots de fruits et légumes) sont impossibles."

[...] Une reprise de travail, dans le type d'emploi que K._____ avait auparavant, est envisageable dès maintenant à 50 % [...]. Il y a une incapacité de travail pour tous les travaux nécessitant des ports de charges de plus de 10 kg, des mouvements répétitifs de la colonne et le maintien de positions en porte-à-faux. Tout emploi nécessitant des marches prolongées de plus de 15 à 20 minutes de suite est aussi limité [...]. Une autre activité respectant les limitations énoncées est envisageable à 100 %".

Par courrier du 14 septembre 2006 adressé à l'assurée, Z._____ a écrit ce qui suit :

"[...] Conformément au rapport du 04.09.2006 établi par le médecin expert, le docteur W._____, vous êtes à nouveau apte au travail à 100 % et ce, dès le 01.10.2006, dans une activité professionnelle adaptée, pas de ports de charges de 10 kg et plus, pas de mouvements répétitifs du rachis, lors de maintiens de positions en porte-à-faux de la colonne dorso-lombaire.

Selon l'art. 47 des Conditions Générales d'Assurance (CGA), l'assurée a pour obligation de réduire les sinistres.

[...] Nous vous signalons par ailleurs que le versement de nos prestations s'arrêtera le 30.09.2006".

Dans un courrier du 30 octobre 2006, le Dr U._____ a écrit ce qui suit à Z._____ :

"[...] A l'heure actuelle, la capacité de travail de K._____ est à considérer comme nulle, cela pour deux raisons :

Le problème rhumatologique chronique qui justifierait d'une façon médico-théorique une incapacité partielle à 50 %, dans son travail habituel.

Par ailleurs, il semble clair que l'état psychologique de K._____, actuellement, rend difficilement envisageable une quelconque reprise de travail.

On peut donc actuellement considérer que sa capacité de travail pour son métier de vendeuse est nulle."

B. Par demande du 7 mai 2007 adressée au Tribunal d'arrondissement de Lausanne, l'assurée a réclamé le versement d'un montant de 60'455 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 15 juin 2007. En substance, elle a allégué avoir été en incapacité de travail totale et a soutenu que Z._____, qui lui avait versé des prestations du 1^{er} février au 30 septembre 2006, soit pendant 215 jours dont à déduire le délai d'attente de 30 jours, lui devait encore 535 jours d'indemnités journalières. Le 8 août 2007, cette demande a été transmise à la cour de céans en tant qu'objet de sa compétence. L'assurée a été mise au bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 29 novembre 2006.

A l'appui de sa demande, l'assurée a notamment produit :

- un rapport établi le 4 octobre 2007 par le Dr J._____, rhumatologue FMH, à l'intention du Dr U._____ dont il résulte notamment ce qui suit :

"[...] K._____ souffre depuis une dizaine de lombalgies avec des scialtalgies bilatérales depuis 2005 environ. Ses symptômes persistent malgré un traitement physique et médicamenteux bien conduit.

Elle a été examinée en expertise par le Dr W._____ rhumatologue à Genève en septembre 2006. Il concluait à des lombosciatalgies chroniques prédominant à droites de type L5-S1 avec une probable fibromyalgie. A noter qu'en avril 2006, le Dr T._____ n'avait pas trouvé de signe neurologique déficitaire tant cliniquement qu'à l'électromyogramme. L'évolution sur la dernière année se fait vers des douleurs généralisées avec un état dépressif. Cliniquement je n'ai pas trouvé de signe d'inflammation articulaire. Le tableau clinique n'est pas celui d'un rhumatisme inflammatoire. Les douleurs des mains peuvent être en relation avec des troubles dégénératifs débutant dont il n'y a que très peu de signe sur les radiographies. Au total le tableau clinique évoque actuellement essentiellement un syndrome fibromyalgique. Comme tu le sais cette entité est controversée. Il s'agit surtout d'un syndrome chez des patients présentant une hypersensibilité du système nerveux transmettant la douleur. Cela sert plutôt à mettre un nom sur une association de symptômes sans étiologie organique évidente.

Pour ma part je vais rassurer la patiente sur l'absence de signe de gravité. Je lui ai transmis une brochure concernant la fibromyalgie dont nous devrions discuter lors d'un prochain entretien.

La prise en charge est toujours difficile dans ces cas, surtout quand il y a un litige asséculogique. Il faut insister sur le traitement des troubles psychologiques, améliorer le sommeil et lutter pour améliorer la condition physique et l'endurance".

- une lettre adressée le 29 octobre 2007 à l'avocat de l'assurée par le Dr U. _____ qui a écrit ce qui suit :

"En préambule, et pour confirmer vos écrits il semble clair que les limitations imposées par le problème physique de K. _____ sont certainement incompatibles à l'heure actuelle avec une quelconque activité professionnelle dans son métier de vendeuse [...]

Il paraît évident que l'évolution de cette situation est défavorable, avec sur la base des lombalgies chroniques, le développement d'un syndrome de type fibromyalgie, occasionnant une exacerbation tant des sites que de l'intensité des douleurs. Cette exacerbation est certainement à mettre aussi en parallèle avec le développement d'un état dépressif, somme toute clairement prévisible.

En effet, la situation d'un conflit asséurologique dans ce genre de situation est souvent synonyme d'un pronostic défavorable, la non reconnaissance de la souffrance par l'assureur étant pour l'assuré certainement un facteur psychologique défavorable.

Il faut savoir que cette patiente est déjà au bénéfice d'un traitement antidépresseur et que je viens de lui proposer de consulter un confrère psychiatre. K. _____ y réfléchit.

Chez cette patiente au vécu intérieur catastrophique, avec de nombreuses privations affectives dans l'enfance, des conditions de vie austères et difficiles, il semble clair que le pronostic professionnel est réservé actuellement, avec cependant l'espoir qu'une prise en charge psychothérapeutique adaptée puisse inverser la vapeur.

Quoiqu'il en soit, à l'heure actuelle, la capacité de travail de K. _____ est nulle. Cependant, je ne suis pas convaincu qu'une quelconque assurance puisse reconsidérer son degré d'invalidité, le concept d'une fibromyalgie tend à un critère suffisant pour rentrer en matière."

La défenderesse a conclu au rejet de la demande. En substance, elle a soutenu qu'en application de l'art. 11 al. 1 des conditions générales (ci-après: CGA), en cas de passage de l'assurance collective dans l'assurance individuelle, les prestations déjà touchées allaient être prises en compte, qu'elle avait versé 190 indemnités journalières sur la base du contrat collectif et 242 sur celui individuel et qu'en tout état de cause, il restait 288 indemnités jusqu'à épuisement du droit. Dans la mesure où la demanderesse avait une capacité de travail de 100% dans une activité adaptée, elle a en outre avancé qu'elle n'avait dès lors plus à lui verser de prestations, l'art. 9 CGA prévoyant qu'en cas d'incapacité de travail de plus de trois mois, l'activité qui peut être exigée de l'assuré peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité.

Les parties ont maintenu leurs conclusions lors de l'échange d'écritures ultérieur.

Le dossier de l'assurance-invalidité a été produit. Y figurent notamment :

- un rapport du 6 décembre 2005 du Dr U. _____, posant le diagnostic de lombalgies récurrentes avec hernie discale L4-L5 et L5-S1 existant depuis 2002 environ. Ce praticien a en outre exposé ce qui suit :

"[...] L'examen de médecine générale est sans particularité notable hormis récemment la découverte d'une possible hypertension. Du point de vue ostéoarticulaire, présence d'un syndrome lombaire

modéré avec un Schobert lombaire de 10.13 cm, les inclinaisons latérales douloureuses des deux côtés, mobilité sacro-iliaque normale, un examen neurologique des membres inférieurs dans les normes.

Cette patiente présente donc sur la base de troubles dégénératifs démontrés radiologiquement, des lombalgies lombo-sciatalgiques gauches récurrentes, dont l'intensité semble directement proportionnelle à la charge qu'elle impose à son dos.

Actuellement, la patiente est en traitement au centre de la douleur de l'hôpital de Morges, où en principe des infiltrations inter-facettaires sont en train d'être effectuées.

On peut admettre que médicalement, la situation puisse s'améliorer. Cependant, et au vu de l'expérience de douleurs s'aggravant progressivement avec les années, on peut admettre que K._____ devrait pouvoir modifier son activité professionnelle, en particulier en évitant le port de lourdes charges. Comme souvent lors de ce genre de situation, l'alternance de position debout-assise serait souhaitable.

K._____ montre à mon avis clairement une volonté de pouvoir continuer à travailler, mais le facteur pronostic malheureusement aggravant, son employeur vient de décider de la licencier au vu de ses absences répétées.

Cet élément-là, je le crains, menace d'assombrir le pronostic d'une possible reprise de travail de cette patiente.

Je pense qu'il est possible d'envisager que cette patiente puisse continuer à exercer son activité de vendeuse, pour autant que son poste de travail puisse ménager son dos, ce qui est théoriquement possible, suivant les secteurs de ventes où elle pourrait être attribuée.

En cas d'insuccès pour retrouver un autre travail dans cette même branche, on pourrait évidemment discuter d'un recyclage professionnel dans une activité adaptée de type bureau".

- un questionnaire pour l'employeur, établi le 13 janvier 2006, selon lequel la demanderesse travaillait au sein de P._____ du 1^{er} avril 2002 au 31 janvier 2006 pour un salaire de 3'500 fr. brut par mois, 12 fois l'an. Elle occupait le poste de collaboratrice alimentaire, activité consistant en rangement de la marchandise en rayons, commande de la marchandise et aide à la caisse, cette activité s'effectuant à raison de 20% assis, à 60% debout, à 10% en marchant et 10% à genoux. Y est jointe une lettre du 24 novembre 2005 de l'employeur, résiliant le contrat de travail de la demanderesse avec effet au 31 janvier 2006.

- la décision sur opposition rendue le 15 novembre 2007 par l'office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après: l'OAI), rejetant la demande de prestations. L'OAI a considéré que l'assurée ne subissait pas d'incapacité de travail dans son ancienne activité de collaboratrice alimentaire à P._____ au regard de la description de son ancienne activité telle qu'elle ressortait du rapport du 13 janvier 2006 de son ancien employeur, estimant que cette activité était adaptée aux limitations fonctionnelles. L'OAI a en outre ajouté ce qui suit :

"[...] Par surabondance, même en admettant une capacité de travail de 50% dans l'activité de collaboratrice alimentaire, votre capacité de travail dans une activité adaptée est entière (rapports du 6 décembre 2005 et du 23 mars 2006 du Dr U._____).

Ainsi, pour déterminer le revenu d'invalidé, dans la mesure où vous n'avez pas repris d'activité

lucrative, il convient de se référer aux données statistiques, telles qu'elles résultent de l'Enquête sur la structure des salaires (ESS) publiée par l'Office fédéral de la statistique (ATF 126V 75 consid. 3b/aa et bb).

Le revenu de référence est celui auquel peuvent prétendre les femmes effectuant des activités simples et répétitives dans le secteur privé (production et services), soit en 2006 (année d'ouverture du droit à une éventuelle rente, ATF 128 V 174 consid. 4a) CHF 3'979.- par mois, part au 13ème salaire comprise (Enquête suisse sur la structure des salaires 2004 mais indexé à 2006, TA ; niveau de qualification 4).

Comme les salaires bruts standardisés tiennent compte d'un horaire de travail de quarante heures, soit une durée hebdomadaire inférieure à la moyenne usuelle dans les entreprises en 2006 (41.7 heures ; La Vie économique, 11-2007, tableau B 9.2), ce montant doit être porté à CHF 4148.20 (3979 x 41.7: 40), ce qui donne un salaire annuel de CHF 49778.70.

Le montant ainsi obtenu doit, le cas échéant, encore être réduit en fonction des empêchements propres à la personne de l'assuré, par exemple certaines limitations liées au handicap, à l'âge, à la nationalité, à la catégorie de permis de séjour ou au taux d'occupation. Il n'y a toutefois pas lieu d'opérer des déductions distinctes pour chacun des facteurs entrant en considération, mais il convient plutôt de procéder à une évaluation globale des effets de ces facteurs sur le revenu d'invalidé, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas concret. La jurisprudence n'admet pas de déduction globale supérieure à 25% (ATF 126 V 75 consid. 5b/cc).

Compte tenu de vos limitations fonctionnelles, un abattement de 10% sur le revenu d'invalidé est justifié. Le revenu annuel d'invalidé s'élève ainsi à CHF 44800.-.

Compte tenu d'un revenu sans invalidité de CHF 42000.- comme retenu dans la décision du 6 mars 2006, il y a lieu de constater que vous ne subissez aucun préjudice économique.

En conclusion, au vu de tout ce qui précède, force est d'admettre que vous en subissez aucun préjudice économique. Le droit à des mesures professionnelles ainsi qu'à une rente ne sont par conséquent pas ouverts [...].

Cette décision sur opposition de l'OAI a fait l'objet d'un recours auprès de la cour de céans, qui l'a rejeté par arrêt de ce jour.

E n d r o i t :

1. a) La présente demande tend au versement d'indemnités journalières pour incapacité de travail assurée dans le cadre d'un contrat individuel régi par la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1). Le contrat d'assurance dont il est question en l'espèce n'est donc pas soumis à la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal; RS 832.10). S'agissant d'une assurance complémentaire au sens de l'art. 12 al. 2 LAMal, il est régi par le droit des assurances privées, soit par la LCA (art. 12 al. 3 LAMal).

Dans le cadre des réquisits de l'article 47 alinéas 2 et 3 de la loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées, le Canton de Vaud a confié leur contentieux à la cour de céans, ce que ne contredit aucune norme de droit fédéral (ATF 125 III 461, JT 2000 I 124). Conformément à l'art. 1 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 (DTAs-AM; RSV 173.431), le présent litige relève de la compétence dudit tribunal, respectivement de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui lui a succédé à compter du 1^{er} janvier 2009.

b) S'agissant désormais d'un contentieux de droit privé et non plus de droit administratif, la procédure en cette matière est régie non plus par les dispositions relatives au recours administratif mais par l'art. 85 LSA (loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance, RS 961.01) ainsi que par les art. 106 ss LPA-VD (loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 174.36) concernant l'action de droit administratif (CASSO, 28 avril 2009, AMC 27/03). La procédure applicable n'est plus celle du recours, mais celle de l'action (art. 47 LSA; ATF 124 III 44, JT 1998 I 377, RAMA 1998, KV 35 p. 290; ATF 123 V 324, c. 3a, RAMA 1998, KV 22 p. 49).

La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la cause, valablement introduite en la forme, ressortit à la compétence de la Cour constituée de trois juges (art. 94 al. 1 LPA-VD a contrario, par renvoi de l'art. 107 LPA-VD).

2. a) A la différence de la couverture des soins de l'assurance-maladie sociale, les assurances-maladie complémentaires ne sont pas régies exhaustivement par la loi ; elles relèvent, avec les restrictions propres au droit du contrat d'assurance régi par la LCA, du principe de la liberté contractuelle, qui implique non seulement la liberté de contracter ou de ne pas contracter, mais aussi d'aménager le contenu des rapports contractuels (Brulhart, Droit des assurances privées, Berne 2008, pp. 120 ss).

Dans la pratique, les conditions d'assurance forment le contenu ordinaire et typique du contrat d'assurance ; elles se subdivisent en conditions générales (art. 3 al. 1er LCA) et en conditions particulières, lesquelles font partie intégrante du contrat (Brulhart, loc. cit.). A teneur de l'art. 33 LCA, sauf disposition contraire de cette même 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.

b) Sont réputées assurances complémentaires au sens de l'art. 12 al. 2 et 3 LAMal toutes les couvertures d'indemnités journalières en cas de maladie soumises à la LCA (TF K 95/99 consid. 3b; JT 1999 III 106 ss). Tel et le cas du contrat d'assurance individuelle invoqué en l'espèce

c) Dans le domaine des assurances sociales, la tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. En outre, les données médicales constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore, raisonnablement, exiger de l'assuré (ATF 125 V 256 consid. 4; 115 V 133 consid. 2; TF I 312/06 du 29 juin 2007 consid. 2.3 et les références citées). A ce titre, constitue une expertise administrative une expertise ordonnée par l'administration auprès de médecins ou d'une institution indépendants des parties en présence (TF I 694/05 du 15 décembre 2006 consid. 5 et les références citées).

Il appartient au juge des assurances sociales d'examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis de décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Si les rapports médicaux sont contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, il importe que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description des interférences médicales soit claire et enfin que les conclusions de l'expert soient dûment motivées (ATF 133 V 450 consid. 11.1.3; 125 V 351 consid. 3a; 122 V 157 consid. 1c; TF 9C_168/2007 du 8 janvier 2008 consid. 4.2).

3. a) L'objet du litige est de savoir si la demanderesse peut prétendre au versement d'indemnités journalières depuis le 1^{er} octobre 2006 et jusqu'à épuisement des prestations (soit pour 720 jours) ou si l'obligation de la défenderesse a cessé.

b) En ce qui concerne la capacité de travail sur le plan somatique, dans son rapport du 5 septembre 2006, l'expert W._____ a retenu une capacité de travail de 50% dans l'activité de vendeuse et de 100% dans une activité adaptée. Ses conclusions ne sont infirmées par aucun rapport de spécialiste. Le Dr J._____, qui a évoqué la présence de lombalgies avec des sciatalgies bilatérales, n'a pas posé de diagnostics et ne s'est pas prononcé sur la capacité de travail de l'assurée.

Dans ses rapports des 30 octobre 2006 et 29 octobre 2007, le médecin traitant, le Dr U._____, a retenu une capacité de travail nulle dans l'activité de vendeuse et ne s'est pas prononcé sur la capacité de travail dans une activité adaptée. Dans son rapport du 6 décembre 2005, il a évoqué la possibilité pour l'assurée de continuer à exercer son activité de vendeuse, en lui permettant de ménager son dos, suggérant à cet effet un autre poste de vente. Dans son rapport du 23 mars 2006, il a relevé qu'il paraissait raisonnable d'imaginer que l'assurée garde une activité lucrative dans un secteur adapté à ses douleurs et a précisé qu'un travail léger, limitant le port de lourdes charges, avec possibilité d'alterner les positions assise et debout, pouvait lui permettre de préserver la capacité de gain. Il a également noté qu'en tenant compte du refus de prestations de l'AI, l'assurée pouvait ainsi préserver sa capacité lucrative intacte dans une activité adaptée.

Le rapport d'expertise du Dr W._____ contient une anamnèse complète, fait état des plaintes de l'assurée, procède d'une étude approfondie de son cas et comporte une appréciation médicale claire ainsi que des conclusions dûment motivées, de sorte qu'une pleine valeur probante doit lui être reconnue. Il y a dès lors lieu de retenir, dès la date de l'établissement de cette expertise, que l'assurée présente une capacité de travail entière dans une activité adaptée, soit sans ports de charge de plus de 10 kilos, sans mouvements répétitifs de la colonne, sans maintien de positions de porte-à-faux et sans marches prolongées de plus de 15 à 20 minutes (rapport du 5 septembre 2006, p. 9). Au demeurant, le médecin traitant de l'assurée, le Dr U._____, n'a pas contesté que sa patiente pouvait présenter une capacité de

travail dans une activité adaptée tenant compte de ses limitations fonctionnelles; il a au contraire expressément évoqué cette possibilité, expliquant qu'ainsi celle-ci pouvait préserver sa capacité de gain (rapport du 23 mars 2006).

c) Sur le plan psychique, les conclusions de l'expert X._____ (rapport du 13 juillet 2006) ne sont mises en doute par aucun autre spécialiste. Tout comme l'expertise du Dr W._____, l'expertise du Dr X._____ remplit les critères posés par la jurisprudence en matière de valeur probante, étant donné qu'elle se fonde sur une anamnèse détaillée, des constatations objectives, les plaintes de l'assurée et qu'elle comporte une appréciation médicale claire ainsi que des conclusions dûment motivées. On retiendra donc que la recourante ne présente aucune incapacité de travail sur le plan psychique.

4. Il résulte de l'art. 8 al. 1 et 2 CGA que lorsque l'assuré se trouve dans une incapacité de travail attestée médicalement, la défenderesse verse, en cas d'incapacité de travail totale, l'indemnité journalière correspondant à la perte de gain effective et prouvée et qu'en cas d'incapacité de travail d'au moins 25%, une indemnité journalière correspondant au degré d'incapacité de travail est versée. Selon l'art. 9 CGA, est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique ou mentale. En cas d'incapacité de travail de plus de trois mois, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité.

En l'espèce, la défenderesse a alloué à la demanderesse des prestations pendant une durée nettement supérieure à trois mois de sorte qu'aucune indemnité supplémentaire n'est due.

A noter que si les CGA se référaient à l'incapacité de gain uniquement, la solution ne serait pas différente, dès lors que, dans une activité adaptée, la demanderesse ne subirait aucune incapacité de gain selon le calcul de comparaison des revenus effectué par l'OAI. Par ailleurs, en considérant le revenu que l'assurée pourrait réaliser dans une activité simple et répétitive selon l'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) pour l'année 2006 (soit 4'019 fr par mois), compte tenu de l'horaire de travail hebdomadaire en 2006 (41.7 heures; TF 8C_658/2008 du 23 mars 2009 consid. 4 et les références citées) ainsi que d'une réduction (ou abattement) de 10% opérée par l'OAI, son revenu d'invalidé se monte à 45'249.90 fr. La comparaison avec le revenu sans invalidité, correspondant au salaires que l'assurée percevrait si elle n'était pas invalide - à savoir 3'500 fr. 12 fois par année dans le cadre de son activité auprès de P._____, soit 42'000 fr. annuels (questionnaire pour l'employeur du 13 janvier 2006) - met en exergue l'absence d'incapacité de gain. Partant, la demande doit être rejetée.

5. Il ne sera pas perçu de frais de justice, la procédure étant gratuite (art. 85 al. 3 LSA). La demanderesse n'obtenant pas gain de cause, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 61 let. G LPGA et 55 LPA-VD).

Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :

I. La demande est rejetée.

II. Le présent arrêt est rendu sans frais ni dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Jean-Pierre Bloch, avocat à Lausanne (pour K._____)
- Z._____
- Office fédéral des assurances sociales

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :