

-REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1368/2013

ATAS/177/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 12 février 2014

5^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur E_____, domicilié à VERSOIX, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Damien CHERVAZ

demandeur

contre

VAUDOISE GENERALE COMPAGNIE D'ASSURANCES SA,
sise avenue de Cour 41, LAUSANNE

défenderesse

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Christine BULLIARD et Monique STOLLER
FÜLLEMANN, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur E_____ (ci-après l'assuré ou le demandeur), né en 1973, est arrivé en Suisse le 1^{er} juillet 2002 et a travaillé durant six mois dans un café-restaurant, puis en tant que manœuvre et monteur charpente tubulaire et monte-charges.
2. Suite à une demande de prestations de l'assuré du 31 août 2009, une procédure a été ouverte auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (OAI). Il en résulte les éléments suivants :
 - un rapport du 18 juillet 2007 du Service de rhumatologie des Hôpitaux universitaires de Genève (HUG), qui atteste d'une hospitalisation du 30 juin au 13 juillet 2007, en raison d'une polyarthralgie des membres supérieurs ; les diagnostics étaient polyarthrite aiguë para-infectieuse probable, stéatose hépatique avec des lésions intra-hépatiques non typisées et une HTA (hypertension artérielle) avec une probable néphropathie hypertensive et un eczéma palmo-plantaire chronique d'origine multifactorielle ;
 - un courrier du 27 janvier 2009 du Dr L_____, médecin au Service de neurochirurgie des HUG, faisant état d'une IRM (imagerie par résonance magnétique) et une ENMG (électroneuromyographie) mettant en évidence une petite protrusion discale C5-C6 paramédiane droite, une petite hernie C6-C7 gauche, ainsi qu'un syndrome du tunnel carpien bilatéral assez important associé à des signes de dénervation chronique de la racine C7 à droite ; l'assuré souffrait également depuis plusieurs mois d'une douleur cervicale dans la région paravertébrale cervicale droite, descendant le long du bras et de l'avant-bras à droite, douleurs qui étaient associées à des paresthésies concernant la main, prédominant surtout à droite et nocturne;
 - un rapport d'hospitalisation du 21 juillet 2009 auprès du Service de rhumatologie des HUG du 6 au 17 juillet 2009 pour des cervicobrachialgies droites avec une atteinte radiculaire chronique C7, d'origine indéterminée ;
 - un rapport du 4 août 2009 du Dr M_____ du Service de rhumatologie des HUG dont il ressort en particulier que la profession en échafaudage nécessite notamment le port de charges lourdes, en particulier dans une position les bras en dessus de la tête ;
 - un rapport établi en date du 28 septembre 2009 par la Dresse N_____, spécialiste FMH en médecine interne, laquelle a notamment posé les diagnostics suivants : une cervicobrachialgie droite avec une atteinte radiculaire chronique C7 d'origine indéterminée, un status post-opératoire du tunnel carpien bilatéral et une allergie cutanée aux calamars documentée ; la capacité de travail de l'assuré dans son activité habituelle de monteur échafaudage était nulle du 2 au

30 juillet 2009, puis dès le 13 août 2009 ; ses difficultés à utiliser le membre supérieur droit avec une diminution de la force au niveau des mains, contre-indiquaient un travail nécessitant de lever les bras au-dessus de la tête et le port de charges ;

- un rapport du 14 octobre 2009 établi par Madame F _____, ergothérapeute, attestant qu'il était difficilement envisageable que l'assuré puisse reprendre sa profession de monteur en échafaudage, dans la mesure où les douleurs augmenteraient rapidement, dès que le membre supérieur droit était sollicité pour travailler au-dessus du niveau des épaules, il y avait un port de charges ou des bras de levier, exigences qui étaient permanentes dans son activité, de sorte qu'une reconversion professionnelle serait préférable ; le travail de monteur en échafaudage consistait dans le montage et le démontage d'échafaudages et nécessitait de monter des planches de 30-35kg, beaucoup de déplacements avec ports de charges jusqu'à 30kg et un travail en-dessus de la tête ;
- un rapport du 30 novembre 2009 du Dr O _____, spécialiste FMH en chirurgie de la main attestant avoir opéré l'assuré pour un syndrome du tunnel carpien gauche en date du 23 avril 2009, avec une excellente évolution post-opératoire;
- un avis du 12 janvier 2010 de la Dresse P _____, laquelle a retenu des cervicalgies droites avec une atteinte radiculaire chronique d'origine indéterminée et des limitations fonctionnelles concernant les mouvements des bras au-dessus du plan horizontal, l'extension de la nuque et le travail en hauteur ou statique ; dans une activité adaptée, la capacité de travail était de 100% ;
- un rapport du 5 février 2010 de la Dresse Q _____, d'où il ressort notamment que le port de charges est limité à 15kg ;
- une décision du 22 septembre 2010 de l'OAI refusant à l'assuré le droit aux prestations, au motif que, même si l'activité habituelle de monteur charpente tubulaire n'était plus exigible depuis le 16 janvier 2009, la capacité de travail restait entière, depuis le 13 août 2009, dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles (sans mouvements des bras au-dessus du plan horizontal ni extension de la nuque ni travail en hauteur et statique); des mesures professionnelles n'étaient pas indiquées, le demandeur ayant pu bénéficier de mesures d'intervention précoce qui lui avaient permis de développer ses compétences et augmenter son employabilité sur le marché du travail;
- une lettre de sortie du 27 janvier 2011 du Service de neurochirurgie des HUG, concernant une hospitalisation de l'assuré du 11 décembre 2010 au 14 janvier 2011 pour une microdissectomie L5-S1 à gauche par abord interlaminaire ; une IRM du 1^{er} décembre 2010 avait mis en exergue une volumineuse hernie discale

médiane et paramédiane L5-S1 à gauche en conflit avec les racines L5-S1 à gauche ; la suite post-opératoire s'était déroulée sans complication ;

- un rapport du 18 mai 2012 du Dr R_____, médecin auprès du Service de neurochirurgie des HUG, notant d'importantes douleurs à la palpation au niveau sacro-iliaque, sur les épines lombaires basses ainsi qu'au niveau dorsal ; l'IRM du 27 avril 2012 révélait une protrusion discale D11-D12 et un pincement L5-S1 prédominant à gauche dans le contexte d'un status postopératoire et une légère atrophie de la racine ; l'assuré souffrant d'une multi-insertionnisme chronique et d'un status de fibrose post-chirurgicale, une reconversion professionnelle hors du bâtiment et une physiothérapie principalement posturale lui étaient conseillées;
 - une nouvelle demande de prestations AI de l'assuré du 7 novembre 2012 ;
3. Dès le 6 août 2012, l'assuré a été engagé auprès de X_____ SA (ci-après l'employeur) en tant que chef d'équipe échafaudeur et a travaillé, dans le cadre d'une mission indéterminée, chez Y_____ SA. Le contrat de mission temporaire du 2 août 2012 prévoyait qu'il était soumis à la CCT (convention collective de travail) « location services – échafaudages avec R.A. ». L'assuré bénéficiait à ce titre d'une assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie souscrite par l'employeur auprès de la Vaudoise Générale Compagnie d'assurances SA (ci-après : l'assureur).
 4. Selon le descriptif du poste de chef d'équipe en échafaudages de son employeur, la mission était la suivante : montage et démontage des échafaudages, lecture de plan, capacité à gérer une équipe de trois à cinq personnes, entretien, stockage et transport des éléments, application des consignes de sécurité. Outre une expérience minimum de deux ans en tant que chef d'équipe, il était exigé de superviser les collaborateurs dans leurs tâches, d'assurer la qualité du travail et de respecter les délais.
 5. En date du 10 octobre 2012, l'employeur a annoncé à l'assureur que son employé allait être en incapacité de travail du 11 au 17 octobre 2012, en raison d'une maladie, et qu'une reprise de travail à 100% était prévue pour le 18 octobre 2012.
 6. Dans un rapport du 10 octobre 2012, le Dr S_____, chef de clinique auprès du Service des Urgences des Hôpitaux Universitaires de Genève (ci-après les HUG), a posé le diagnostic de lombalgie. L'assuré était connu pour une hernie discale L5-S1, opérée en 2010. Suite à une longue période sans exercer d'activité lucrative, il avait recommencé à travailler sur des chantiers en août 2012, notait depuis lors une péjoration de ses douleurs lombaires, malgré un important traitement antalgique, et ressentait également comme des décharges électriques dans le membre inférieur gauche. Il était découragé, ne pouvant plus assumer de travail de force et devant se reconverter.

7. En date du 24 octobre 2012, une IRM (imagerie par résonance magnétique) dorsale inférieure et lombaire a été réalisée. Selon les conclusions y relatives, il n'y a pas eu d'évolution significative par rapport à la description de l'examen antérieur du 14 février 2011. L'assuré présentait des séquelles d'une maladie de Scheuermann à l'étage dorsal inférieur et lombaire, une hernie discale ostéophyttaire en D11-D12, une dégénérescence discale L5-S1 avec un remaniement fibreux intra-canalair de localisation médiane et paramédiane gauche engainant en partie la racine S1 gauche, une arthrose interapophysaire postérieure avec un rehaussement intense après une injection de gadolinium en L4-L5 et L5-S1, un canal lombaire de calibre dans les limites inférieures de la norme et cône médullaire de topographie normale et de signal homogène.
8. Une IRM dorsale effectuée le 26 octobre 2012 a mis en évidence des séquelles d'une maladie de Scheuermann, une hernie discale D8-D9 de faible épaisseur de localisation médiane et paramédiane gauche sans contrainte sur les racines sous-jacentes, une hernie discale ostéophyttaire D11-D12 et une arthrose costo-vertébrale.
9. Le 31 octobre 2012, la Dresse N_____, spécialiste FMH en médecine interne, a annoncé à l'assureur que l'assuré souffrait de dorsolombalgies aiguës, affection qui s'était manifestée pour la première fois en décembre 2010 et pour laquelle l'assuré avait été traité en décembre 2010 (cure de hernie discale L5-S1 gauche aux HUG). L'atteinte actuelle était influencée par les antécédents de lombalgies entre 2010 et 2011.
10. Par courrier du 16 novembre 2012, l'employeur a mis fin au rapport de travail avec l'assuré pour le 23 novembre 2012 et l'a informé qu'il pouvait demander son affiliation individuelle aux assurances perte de gain maladie et accident dans un délai de 30 jours dès la fin des rapports de travail.
11. Le 19 novembre 2012, le Dr T_____, médecin-conseil de l'assureur et spécialiste FMH en médecine interne, a estimé que la capacité de travail de l'assuré était entière dans une activité légère et adaptée et a recommandé à l'assureur de mettre fin au versement des prestations au 30 novembre 2012.
12. L'assureur a avisé l'assuré, par courrier du même jour, que des prestations seraient versées à son employeur jusqu'au 30 novembre 2012 et qu'il lui conseillait de s'inscrire sans tarder auprès de l'assurance-chômage.
13. Le 26 novembre 2012, l'assuré a rappelé à l'assureur qu'il travaillait sur des échafaudages, a contesté présenter une capacité de travail résiduelle et a requis le passage dans l'assurance individuelle. Se prévalant d'un droit à une période d'adaptation de trois à cinq mois d'après la jurisprudence, il a demandé à l'assureur de continuer à lui verser les prestations.

14. Le 28 novembre 2012, la Dresse N_____ a attesté l'apparition, en décembre 2010, d'une lombosciatalgie gauche aiguë sur une hernie discale médiane et paramédiane gauche L5-S1, qui a été opérée. Malgré l'intervention, il persistait une lombosciatalgie gauche nécessitant un traitement antalgique. Une IRM effectuée en octobre 2011 mettait en évidence une fibrose cicatricielle entourant la racine S1 gauche et une hernie discale D11-D12. En octobre 2012, une IRM montrait une hernie discale D8-D9 de faible épaisseur.
15. Par demande du 8 décembre 2012, l'assuré a fait valoir son droit au libre passage du contrat collectif en une assurance maladie individuelle.
16. Par courrier du 17 décembre 2012, l'assureur a informé l'assuré qu'il reportait la date d'exigibilité de la reprise du travail au 1^{er} mars 2013.
17. La Dresse N_____ a confirmé les diagnostics précédents le 18 janvier 2013. L'assuré n'était actuellement pas en mesure de reprendre une activité lucrative, même légère, car il avait développé un état anxio-dépressif avec d'importants troubles de la mémoire et de la concentration.
18. Par courrier du 13 mars 2013, l'assureur a expliqué à l'assuré que le dossier avait à nouveau été soumis à son médecin-conseil, lequel avait déclaré n'avoir reçu aucun nouvel élément médical lui permettant de revoir sa position et confirmé que la capacité de travail était entière dans une activité lucrative légère et adaptée à son état de santé dès le 1^{er} mars 2013. Cependant, le dossier serait à nouveau soumis au médecin-conseil, lorsque les rapports relatifs au bilan de santé en cours aux HUG seraient reçus.
19. Par acte du 2 mai 2013, l'assuré, représenté par son conseil, a saisi la Chambre de céans d'une demande en paiement contre l'assureur, concluant à la constatation du fait qu'il était toujours en incapacité totale de travail, au versement des indemnités journalières de 155 fr. 30 au-delà du 28 février 2013, avec intérêts à 5% dès le 31 octobre 2013 et jusqu'à la fin des 730 jours, sous suite de dépens. A titre subsidiaire, il a requis le versement des indemnités journalières de 155 fr. 30 jusqu'au 31 août 2013. Il a tout d'abord invoqué une violation de son droit d'être entendu, n'ayant pas eu accès à son dossier médical, malgré ses demandes, ni été reçu par le médecin-conseil de l'assureur. De plus, l'assureur avait arrêté le versement des indemnités journalières sans motivation. Dans la mesure où il ne pouvait plus travailler dans les domaines de la construction, de la restauration et de la technique de précision, mais uniquement dans une activité de bureau, il devait entreprendre et terminer une formation dans le secteur tertiaire, comme employé de bureau par exemple, étant précisé qu'il avait 40 ans et n'avait pas de formation scolaire et professionnelle préalable. Son incapacité de travail était ainsi totale dans toutes les activités, une reconversion professionnelle en adéquation avec son état de santé n'étant vraisemblablement pas exigible de lui. Dans l'hypothèse où il devait

être retenu qu'il disposait d'une capacité de travail dans une autre profession, le demandeur requérait que des indemnités journalières lui soient en tous les cas versées durant un délai de cinq mois, délai lui étant nécessaire pour changer de profession.

20. A l'appui de ses dires, il a notamment produit un rapport du 21 mars 2013, dans lequel la Dresse N_____ a attesté qu'il ne pouvait plus effectuer de travaux lourds ni effectuer des gestes fins et précis, en raison de la morphologie de ses mains et de troubles de la sensibilité (paresthésies de type fourmillements) localisés au bout des doigts des deux mains. Depuis le mois de décembre 2010, son état de santé s'était aggravé.
21. La défenderesse a conclu, dans sa réponse du 30 mai 2013, au rejet de la demande, tout en s'excusant de ne pas avoir transmis son dossier au demandeur. Elle a ensuite allégué qu'alors même que le demandeur savait que les activités dans le domaine du bâtiment étaient fortement déconseillées, il avait néanmoins conclu un contrat de travail dans une activité physiquement contraignante, ce qui ne contribuait pas à la diminution de son dommage. Il avait d'ailleurs signalé, dans le contrat-cadre de travail, être pleinement apte au travail et ne pas souffrir des suites d'une maladie ou d'un accident qui pourraient le gêner dans l'accomplissement de son travail. Par ailleurs, le demandeur était capable de travailler dans une multitude d'emplois dans le domaine industriel Enfin, la défenderesse a estimé avoir laissé au demandeur un délai de réadaptation suffisant, avant de mettre fin à ses prestations.
22. Dans sa réplique du 20 juin 2013, le demandeur a persisté dans ses conclusions et a expliqué que l'activité de chef d'équipe monteurs d'échafaudages, qu'il avait débutée en date du 6 août 2012, n'avait pas été contre-indiquée, cette activité consistant essentiellement à superviser et à orienter les équipes. Elle respectait ainsi les limitations fonctionnelles mises en exergue par l'OAI dans sa décision du 22 septembre 2010 (pas de mouvements des bras au-dessus du plan horizontal, d'extension de la nuque de travail en hauteur et statique). C'était uniquement suite aux premières semaines de travail qu'il avait développé une nouvelle maladie qui s'était matérialisée par une hernie discale ostéophyttaire en D11-D12, repérée et diagnostiquée pour la première fois le 24 octobre 2012 suite à une IRM. C'était cette maladie qui avait engendré l'incapacité de travail dont il était question actuellement. Il a également relevé qu'il avait suivi une formation recommandée par l'OAI en tant que « responsable d'immeuble », toutefois, les exigences physiques que cette activité impliquait étaient bien plus importantes que celle de chef d'équipe monteurs d'échafaudages. Par ailleurs, il a reproché à la défenderesse de ne lui pas avoir fixé de délai pour retrouver une activité lucrative adaptée, dans la mesure notamment où son courrier du 17 décembre 2012 avait uniquement été annexé à autre courrier de la défenderesse, lequel ne faisait que l'informer du fait qu'elle allait solliciter certaines informations auprès de son médecin-conseil pour réexaminer sa position.

23. Dans sa duplique du 4 juillet 2013, la défenderesse a soutenu, au vu du descriptif du poste de chef d'équipe en échafaudages, que le fait de monter et de démonter des échafaudages, d'entretenir, de stocker et de transporter des éléments n'était certainement pas compatible avec les limitations fonctionnelles du demandeur. Il s'agissait d'ailleurs de l'activité déjà exercée lors du dépôt de la demande AI en 2009 et qui avait été considérée comme contre-indiquée. En outre, elle a contesté que la hernie discale ostéophyttaire en D11-D12 eût été uniquement diagnostiquée le 24 octobre 2012 et qu'il s'agît d'une nouvelle maladie. En effet, son médecin-conseil, le Dr U_____, avait expliqué eu égard à l'IRM d'octobre 2012, que les douleurs étaient principalement dues à la dégénérescence discale en L5-S1 (status post-opératoire) ainsi qu'aux séquelles de la maladie de Scheuermann, atteintes connues de longue date. Le radiologue avait d'ailleurs précisé, dans ses conclusions du 24 octobre 2012, qu'il n'y avait pas d'évolution significative par rapport à la description de l'examen du 14 février 2011. Dès lors, il ne s'agissait pas d'une nouvelle maladie mais d'un état antérieur connu qui avait été rendu douloureux par l'exercice d'une activité professionnelle non-compatible avec l'état de santé.
24. En date du 27 août 2013, la défenderesse lui a transmis notamment l'avis du Dr U_____ du 2 juillet 2013, selon lequel une hernie discale ostéophyttaire ne constituait pas une hernie discale molle pouvant apparaître très rapidement – en quelques semaines – mais une hernie dure avec un développement beaucoup plus long ; les douleurs dont se plaignait le demandeur étaient principalement dues à la dégénérescence discale en L5-S1 (status post-microdissectomie L5-S1 gauche en décembre 2010) ainsi qu'aux séquelles de la maladie de Scheuermann, atteintes connues de longue date et devenues de plus en plus douloureuses avec le temps ;
25. En date du 19 septembre 2013, le demandeur a persisté dans ses conclusions et a soutenu que depuis le début de l'année 2013, son état de santé général s'était encore empiré. Il a produit :
- une attestation du 10 septembre 2013 de la Dresse N_____, certifiant que le demandeur n'a jamais présenté de douleurs dorsales avant le mois d'octobre 2012, ne se plaignant que de douleurs cervicales et de lombosciatalgies ; ce n'est qu'en octobre 2012, qu'il s'était plaint pour la première fois de violentes douleurs dorsales et qu'une IRM dorsale avait été effectuée ; la hernie discale ostéophyttaire en D11-D12 pouvait effectivement mettre un certain temps pour se développer, mais la hernie décrite en D8-D9 n'était pas une hernie ostéophyttaire ;
 - une attestation du 16 septembre 2013 du Dr V_____, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, certifiant qu'il suivait le demandeur depuis le 21 mars 2013, dans le contexte d'un effondrement dépressif sévère ; le suivi,

régulier et investi, associé à un traitement antidépresseur, a permis une amélioration partielle des symptômes.

26. Invité à se déterminer sur l'application de l'art. 9 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (loi sur le contrat d'assurance, LCA ; RS 221.229.1), le demandeur a persisté à contester, par écritures du 7 janvier 2014, la survenance d'un sinistre avant le début de son dernier contrat de travail et, partant, que cette disposition fût applicable. Il s'est prévalu à cet égard de ce que la hernie discale ostéophyttaire en D11- D12 n'a été diagnostiquée pour la première fois que le 24 octobre 2012, ainsi que de la dépression sévère qui s'est développée par la suite. Il s'agissait de nouvelles maladies et non pas de rechutes. Le recourant a donc persisté dans ses conclusions.
27. Le 16 janvier 2014, la défenderesse a fait de même, tout en admettant l'application de la disposition précitée et répétant que l'incapacité de travail dès le 11 octobre 2012 n'était pas due à une nouvelle maladie.
28. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément aux art. 24 des CGA collective et 19 CGA individuelle, l'assurance en cause dans le présent litige est soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (LCA ; RS 221.229.1). Cela n'est d'ailleurs pas contesté par les parties.
2. a) D'après les art. 23 des CGA collective et 18 des CGA individuelle, pour tout litige résultant du présent contrat, la Vaudoise reconnaît la compétence des tribunaux du domicile suisse du preneur d'assurance, de l'assuré ou de l'ayant droit.

Ces élections de for sont admissibles en vertu de l'art. 17 du Code de procédure civile, du 19 décembre 2008 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (CPC ; RS 272), par renvoi de l'art. 46a LCA, même si cet article n'a pas été modifié en conséquence.

En l'espèce, les tribunaux genevois sont compétents à raison du lieu pour connaître de la présente cause, le demandeur étant domicilié dans le canton de Genève.

b) Conformément à l'art. 7 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 292) et à l'art. 134 al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la LAMal, relevant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (loi sur le contrat d'assurance, LCA; RS 221.229.1).

La compétence à raison de la matière de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi également établie.

3. La demande respecte les conditions légales (art. 130 et 244 CPC), étant précisé que les litiges relatifs aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie ne sont pas soumis à la procédure de conciliation préalable de l'art. 197 CPC lorsque les cantons ont prévu une instance cantonale unique selon l'art. 7 CPC (138 III 799 consid. 1.1 ; ATF 138 III 558 consid. 4.5 et 4.6;), comme cela est le cas dans le canton de Genève (art. 134 al. 1 let. c LOJ).
4. Le litige porte sur le droit du demandeur aux indemnités journalières postérieurement au 28 février 2013.
5. Le demandeur se plaint en premier lieu d'une violation du droit d'être entendu par l'intimé. Toutefois, ce droit régit l'activité de l'administration, mais non pas celle des acteurs privés. Par conséquent, le demandeur ne peut s'en prévaloir dans ses relations avec un assureur privé, comme en l'espèce.
6. Selon l'art. 9 LCA, le contrat d'assurance est nul si, au moment où il a été conclu, le sinistre était déjà survenu. Cette disposition est considérée comme d'ordre public (ATF 118 V 158 consid. 5c p. 169). Le risque à assurer doit concerner un événement futur. Une assurance rétroactive, couvrant des événements qui se sont déjà produits avant la conclusion du contrat, est interdite, indépendamment du fait que le dommage correspondant est survenu avant ou après la conclusion du contrat. Il est par ailleurs sans importance que les parties contractuelles aient eu connaissance de la survenance du sinistre lors de la conclusion du contrat (ATF 127 III 21 consid. 2b p. 24 s.).

Dans l'assurance perte de gain en cas de maladie, le risque assuré constitue la perte de gain due à une maladie de la personne assurée. En l'espèce, la défenderesse couvre la perte de salaire résultant d'une incapacité de travail due à une maladie et attestée par un médecin (art. 1 CGA de l'assurance maladie collective perte de salaire). Est considérée comme maladie toute atteinte à la santé physique ou mentale médicalement décelable et qui n'est pas due à un accident, à une lésion assimilée à un accident ou une maladie professionnelle (art. 2.2 CGA). Selon le Tribunal fédéral, si une maladie s'est déjà déclarée lors de la conclusion du contrat, une assurance pour couvrir ses suites est exclue, indépendamment du fait qu'elle dure encore (ATF 118 V 158 consid. 5c p. 169).

Toutefois, des maladies antérieures à la conclusion du contrat n'excluent pas la couverture de maladies futures différentes, voire semblables. Si cependant avant la conclusion du contrat l'assuré a souffert d'une maladie pour laquelle, selon l'expérience médicale, il faut compter avec des rechutes, le sinistre est déjà survenu, de sorte que les rechutes ne sont pas assurables (ATF 127 III 21 consid. 2b p. 24 s.).

7. Se pose dès lors en l'espèce la question de savoir si le demandeur était déjà incapable de travailler dans le poste de chef d'équipe échafaudage auprès de Y_____ Echafaudage SA avant son engagement en date du 6 août 2012.

a. Dans son rapport du 28 septembre 2009, la Dresse N_____ atteste que la capacité de travail du demandeur est nulle en tant que monteur échafaudage dès le 13 août 2009. Il ne doit par ailleurs pas soulever et porter des charges. L'ergothérapeute estime également, dans son rapport du 14 octobre 2009, que la reprise du travail dans la profession habituelle est difficilement envisageable. Du rapport de la Dresse Q_____ il ressort que le demandeur ne doit pas porter des charges de plus de 15kg. Selon l'avis du médecin du SMR, les mouvements des bras au-dessus du plan horizontal, l'extension de la nuque et le travail en hauteur ou statique sont proscrits. Dans sa décision du 22 septembre 2010, l'OAI constate que l'activité habituelle de monteur charpente tubulaire n'est plus exigible. Le 11 décembre 2010, le demandeur subit une microdissectomie L5-S1 en raison d'une volumineuse hernie discale. L'IRM réalisée le 27 avril 2012 révèle une protrusion discale D11-D12. Dans son rapport du 18 mai 2012, le Dr R_____ conseille dès lors une reconversion professionnelle hors bâtiment.

Il convient par ailleurs de relever que, selon le rapport relatif à l'IRM du 24 octobre 2012, il n'y a pas d'évolution significative par rapport à la description de l'examen du 14 février 2011.

Le demandeur fait cependant valoir avoir développé une nouvelle maladie, à savoir une hernie discale ostéophyttaire D11-D12 durant les premières semaines de son engagement et que c'est celle-ci qui a provoqué son incapacité de travail. Cela est cependant inexact, dès lors que l'IRM du 27 avril 2012 avait déjà révélé une protrusion à ce niveau. Il ne saurait non plus être considéré que l'incapacité de travail soit la cause uniquement de la hernie discale D8-D9 mise en évidence par l'IRM du 26 octobre 2012. En effet, la Dresse N_____ atteste le 31 octobre 2012 que les pathologies du demandeur se sont manifestées pour la première fois en décembre 2010 et que l'atteinte actuelle est influencée par les antécédents de lombalgies entre 2010 et 2011.

Enfin, le fait que le demandeur a été capable de travailler pendant plusieurs semaines dans son dernier emploi avant de tomber malade ne permet pas non plus d'exclure qu'il souffrait déjà d'une maladie et d'une invalidité y consécutive avant de commencer le travail. En effet, selon la jurisprudence précitée, les rechutes ne sont pas assurables si avant la conclusion du contrat l'assuré a souffert d'une maladie pour laquelle, selon l'expérience médicale, il faut compter avec des rechutes. Or, il ne peut être nié que le demandeur présentait déjà plusieurs pathologies au dos avant son engagement et qu'il y avait lieu de s'attendre à des nouvelles périodes d'incapacité de travail totale et une péjoration de ces atteintes au

cas où il reprendrait une activité non adaptée à ses limitations professionnelles, comme cela s'est du reste produit in casu.

Quant à la dépression, elle s'est produite après la fin du contrat de travail, à un moment où l'assurance perte de gain n'était plus valable du fait de sa nullité à cause de la survenance du sinistre avant la conclusion du contrat. Elle ne peut donc entrer en considération pour fonder le droit aux prestations.

Il résulte de ce qui précède que le demandeur n'avait plus aucune capacité de travail dans sa profession de monteur d'échafaudages déjà avant son engagement dans son dernier poste de travail. En effet, comme cela ressort du rapport de l'ergothérapeute, ce travail implique non seulement un travail en hauteur, mais également le port de charges de plus de 15kg.

b. Quant à la question de savoir si le dernier poste était adapté aux limitations fonctionnelles, il résulte du descriptif du dernier poste de travail, que le demandeur était engagé comme chef d'équipe en échafaudages, travail qui comportait notamment le montage et le démontage des échafaudages, la lecture de plan, la capacité à gérer une équipe de trois à cinq personnes, l'entretien, le stockage et le transport des éléments, ainsi que l'application des consignes de sécurité. Ainsi, plusieurs activités n'étaient à l'évidence pas compatibles avec les limitations fonctionnelles, à savoir le montage et le démontage des échafaudages, le stockage et le transport des éléments.

Le demandeur conteste que ce poste ne fût pas adapté, en alléguant qu'il consistait essentiellement à superviser et à orienter les équipes. Cela est toutefois contraire au descriptif et de surcroît peu vraisemblable au vu des exigences d'un chantier et de la pression sur la productivité.

Au vu de ce qui précède, il sied de constater que le demandeur présentait déjà une incapacité de travail totale dans son dernier poste de travail avant la prise d'emploi. Partant, le contrat d'assurance de perte de gain est nul pour les pathologies en cause, le risque s'étant déjà réalisé avant le début du contrat.

8. Cela étant, la demande de prestations doit être rejetée. Reste réservée la restitution des primes versées.
9. La procédure est gratuite.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare la demande en paiement recevable.

Au fond :

2. La rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile (Tribunal fédéral suisse, avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14), sans égard à sa valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b LTF). Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoqués comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Diana ZIERI

Maya CRAMER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) par le greffe le