

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1854/2007

ATAS/167/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 13 février 2008

En la cause

Monsieur F_____, à COLOGNY, comparant avec élection de
domicile en l'étude de Maître Michel CELI VEGAS

Demandeur

contre

GENERALI ASSURANCES GENERALES, sise rue de la
Fontaine 1, GENEVE

défenderesse

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Nathalie BLOCH et Dominique
JECKELMANN, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur F_____ (ci-après : l'assuré ou le demandeur), né en 1966 et de nationalité portugaise, a travaillé dès le 1^{er} octobre 2002 en tant que nettoyeur auprès de X_____ SA, entreprise de nettoyage. À ce titre, il était couvert contre la perte de gain en cas de maladie par une assurance collective auprès de GENERALI assurances générales (ci-après : GENERALI).
2. Le 1^{er} novembre 2004, l'employeur a annoncé à GENERALI que l'assuré subissait une incapacité de travail depuis le 14 octobre 2004 et que son salaire mensuel était de 5'000 fr., plus gratification annuelle de 2'500 fr.
3. Dans un certificat médical initial du 28 novembre 2004, le Dr L_____, généraliste, a diagnostiqué une discopathie L5-S1 et a fait état de douleurs aiguës au niveau S1 gauche en précisant que le patient avait été en traitement pour la même affection en mai 2003. Il a attesté une incapacité de travail entière dès le 14 octobre 2004.
4. Une IRM lombaire pratiquée le 22 novembre 2004 a révélé une discopathie LS-S1 associée à une protrusion circonférentielle discale réduisant la taille des deux foramens de conjugaison et à une petite hernie postéro-latérale droite sans signe formel de conflit disco-radiculaire.
5. Dans un rapport du 8 février 2005, le Dr M_____, neurochirurgien, a précisé que les lombalgies étaient réapparues à la suite d'un effort de port de charges. Au regard de l'IRM ne montrant qu'une modeste discopathie L5-S1 sans véritable hernie, il a estimé qu'il existait une discordance assez nette entre l'intensité des symptômes ressentis et la discrétion de l'atteinte radiologique.
6. Le 17 mai 2005, en raison de l'apparition de paresthésies bilatérales des doigts depuis fin 2004, l'assuré a été examiné par le Dr N_____, neurologue, qui a procédé à un examen neurologique et électroneuromyographique. Il a conclu à la présence d'une discrète neuropathie bilatérale des nerfs médians dans le canal carpien et à un ralentissement à la limite du significatif de la vitesse de conduction du nerf cubital droit. Il a préconisé un traitement conservateur.
7. Le 9 juin 2005, sur demande de GENERALI, le Dr O_____, rhumatologue, a examiné l'assuré. Dans son rapport du même jour, ce spécialiste a diagnostiqué des rachialgies sur troubles statiques et dégénératifs débutants avec syndrome de déconditionnement. Il a ajouté que la présentation clinique et la présence de nombreux signes de non organicité évoquaient également des troubles somatoforme douloureux. Il a proposé un programme de rééducation rachidienne intensive de trois semaines devant permettre au patient de reprendre confiance en son dos et déboucher sur une reprise de l'activité à 50 % puis à 100 %. Il a expliqué que si le

délai d'intégration dans un tel programme était trop long, il proposait une reprise du travail dans l'ancienne activité à 25 % dès la fin juin, pour deux semaines, pour passer par la suite à 50 % pendant deux semaines et à 75 % pour la même durée jusqu'à un taux complet. Il a exposé que le travail de nettoyeur était assez lourd mais qu'il estimait que l'on pouvait tenter une reprise progressive dans l'ancienne profession et que si l'ancienne activité ne pouvait pas être reconduite à un taux complet, il considérait qu'après environ une année d'arrêt de travail cette activité n'était plus exigible mais que, dans un travail légèrement plus adapté, les capacités de travail de l'assuré étaient totales de sorte qu'il fallait l'adresser aux services du chômage aux alentours du mois d'octobre 2005 pour qu'il retrouvât un travail par ce biais.

8. Dans un rapport du 23 août 2005 adressé au Dr P_____, médecin-conseil de GENERALI, le Dr L_____ a indiqué que, depuis juin 2005, une reprise progressive du travail avait été mise en place et qu'une reprise complète du travail avait débuté le 15 juillet 2005 mais que, le 19 juillet 2005, il avait dû à nouveau mettre le patient au repos pour exacerbation des lombalgies et qu'il lui avait proposé un suivi par un rhumatologue dès le 19 août 2005. Il a précisé que, bien que surpris par le contraste entre les plaintes déficitaires initiales et les constatations neurochirurgicales ainsi que radiologiques, il avait considéré que les syndromes algiques lombaires vertébraux justifiaient une incapacité à pratiquer un métier lourd.
9. Le 14 septembre 2005, GENERALI a communiqué à l'assuré qu'à la suite de l'échec de la reprise du travail et conformément à l'expertise médicale, elle considérait qu'il était actuellement apte à reprendre une activité professionnelle à 100 % dans une profession moins lourde. Elle a précisé qu'au vu de ses conditions générales, elle pouvait refuser le versement des prestations si l'assuré refusait d'exercer une activité lucrative pouvant être exigée de sa part et qu'elle lui impartissait un délai de trois mois, à savoir jusqu'au 31 décembre 2005, pour reprendre une activité professionnelle adaptée en précisant que, dès le 1^{er} janvier 2006, elle le considérait comme apte à reprendre une activité professionnelle à 100 % de sorte que plus aucune prestation ne lui serait versée dès cette date.
10. Le 30 septembre 2005, l'employeur a résilié les rapports de travail avec effet au 31 décembre 2005 au motif que l'assuré ne pouvait plus exercer son métier.
11. Le 14 mars 2006, l'assuré a considéré que GENERALI avait mis un terme à ses prestations de manière infondée dès lors que la Dresse Q_____, rhumatologue et spécialiste en médecine physique, attestait de son incapacité de travail au 31 décembre 2005 et que la limite d'indemnisation de 720 jours n'avait pas été atteinte. Il a demandé à cette assurance de reconsidérer sa position et de rétablir son droit aux indemnités pour perte de gain avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2006.

12. Le 28 mars 2006, GENERALI a demandé à la Dresse Q_____ d'indiquer à son médecin-conseil s'il y avait eu des faits nouveaux dès lors qu'elle attestait une incapacité de travail de 100 % dès le 13 octobre 2005.
13. Par décision du 5 avril 2006, l'Office cantonal de l'emploi a déclaré l'assuré inapte au placement dès le 1^{er} janvier 2006 au motif qu'il avait fait valoir auprès de l'Office régional de placement des certificats médicaux attestant une incapacité de travail totale et qu'il n'avait entrepris aucune démarche pour s'assurer d'un emploi mieux adapté à son état de santé. Il a précisé que l'assuré s'était inscrit en qualité de demandeur d'un emploi de nettoyeur à 100 % dès le 1^{er} janvier 2006.
14. Dans un rapport du 30 juin 2006, la Dresse Q_____ a indiqué que, depuis août 2005, l'assuré était suivi en rhumatologie aux Hôpitaux universitaires de Genève pour ses douleurs rachidiennes avec bonne amélioration de la symptomatologie après physiothérapie active et médication antalgique. Elle a exposé que le patient présentait actuellement un tableau clinique suggestif de spondylarthropathie avec des douleurs axiales sous forme de cervico-dorsalgies constantes, lombalgies intermittentes et douleur fessière gauche accompagnée de manifestations périphériques au niveau des poignets, d'algies à la main gauche ainsi que de gonalgies et talalgies gauches matinales. Elle a précisé qu'une IRM pratiquée le 7 décembre 2005 avait conclu à l'absence de sacro-iliite rhumatismale et que divers examens radiologiques rachidiens avaient révélé un aspect dystrophique de la structure osseuse susceptible d'accompagner certains rhumatismes inflammatoires.
15. Dans une note du 11 juillet 2006, le Dr P_____ a considéré que le rapport de la Dresse Q_____ ne contredisait pas l'exigibilité dans une activité adaptée légère et qu'il n'existait pas d'éléments nouveaux en faveur d'une incapacité de travail stable.
16. Le 13 juillet 2006, GENERALI a informé l'assuré qu'elle maintenait sa position.
17. Le 9 octobre 2006, l'assuré a exposé que la décision de GENERALI n'était étayée par aucun document ni preuve de quelque nature que ce fût de sorte qu'elle était priée de verser des indemnités pour perte de gain du 1^{er} janvier au 14 octobre 2006 ou de rendre une décision formelle attaquable devant les instances administratives.
18. Par courrier du 16 novembre 2006, GENERALI a maintenu sa prise de position.
19. Le 9 mars 2007, l'assuré a fait notifier à GENERALI un commandement de payer pour un montant de 45'203 fr. 40 avec intérêts 5 % dès le 31 mai 2006 correspondant à l'indemnité pour perte de gain du 1^{er} janvier au 20 octobre 2006. Ce commandement de payer a été frappé d'opposition.
20. Le 11 mai 2007, l'assuré a déposé une demande en paiement auprès du Tribunal de céans à concurrence de 45'203 fr. 40 avec intérêts 5 % dès le 31 mai 2006, sous

suite de frais et dépens ainsi que de débours à raison de 500 fr. Il a allégué que son incapacité de travail à 100 % était attestée depuis le début par son médecin traitant et qu'il contestait la validité du rapport du médecin-conseil de la défenderesse dans la mesure où ledit médecin était au service de cette dernière et n'était donc pas neutre. Il a précisé que sa demande portait sur la période du 1^{er} janvier au 20 octobre 2006 et correspondait à 330 indemnités journalières de 136 fr. 98. Il a joint à son recours divers certificats médicaux de la Dresse Q_____ attestant que sa capacité de travail était nulle dès le 12 octobre 2005.

21. Dans sa réponse du 22 juin 2007, la défenderesse a relevé que, dans son rapport du 30 juin 2006, la Dresse Q_____ ne s'était pas prononcée sur l'incapacité totale de travail du demandeur. Elle a relevé que, selon les Drs O_____ et P_____, la capacité de travail de l'assuré était totale dans une activité adaptée et que les autres médecins n'avaient pas contredit ces conclusions de sorte qu'il y avait lieu de les suivre.
22. Dans sa réplique du 2 août 2007, le demandeur a soutenu que les certificats médicaux de la Dresse Q_____ qu'il avait produits avec sa demande du 11 mai 2007 n'avaient pas été pris en considération par GENERALI alors qu'ils étaient valables et que la défenderesse n'avait à aucun moment émis des réserves sur le contenu desdits certificats. Il a soutenu que les recommandations du médecin-conseil de la défenderesse semblaient avoir été prises de manière unilatérale et absolue. Il a allégué que le courrier du 14 septembre 2005 de la défenderesse contenait deux éléments permettant de conclure à la nullité de sa décision, à savoir, d'une part, une citation erronée des articles de ses conditions générales d'assurance, d'autre part, l'absence de prise en considération du rapport de la Dresse Q_____ du 30 juin 2006 complémentaire aux rapports précédents des médecins traitant et justifiant une incapacité de travail. Il a considéré que la décision d'arrêter le versement des prestations dès le 1^{er} janvier 2006 était contraire aux dispositions contractuelles et légales. Il a également reproché à la défenderesse, d'une part, de ne pas avoir pris position sur le rapport de la Dresse R_____ du 14 août 2006, d'autre part, d'avoir suspendu ses indemnités dès le 1^{er} janvier 2006 sans l'avoir informé, ni l'avoir aidé à trouver une solution avec les instances cantonales de l'emploi. Il a relevé que la décision arbitraire prise en 2005 de stopper les indemnités journalières lui avait causé un grave préjudice et qu'il devait être indemnisé. Il a précisé que son état de santé actuel montrait des signes favorables à une réinsertion dans le marché du travail pour une activité moins lourde et de manière graduelle mais qu'il ne pourrait être apte au travail qu'avec le soutien de la défenderesse de sorte qu'il complétait sa demande de paiement avec une proposition d'intégration consistant en prise en charge d'une formation pour un métier approprié. Il a produit dans la procédure un rapport de la Dresse R_____ du 14 août 2006.
23. Dans ledit rapport, la Dresse R_____ a indiqué qu'elle avait examiné le patient le 10 août 2006. Elle a exposé qu'en janvier 2006 était survenu un épisode d'atteinte

articulaire périphérique d'allure inflammatoire concernant les poignets, les genoux ainsi que les talons et que seule une arthro-synovite du poignet droit avait été objectivée. Elle a diagnostiqué des rachialgies sur troubles statiques et dégénératifs, une suspicion de spondylarthropathie non confirmée et des troubles somatoformes douloureux. Elle a conclu que dans une activité adaptée n'exigeant pas le port de charges, des mouvements répétitifs ou une même position du corps prolongée, la capacité de travail était entière.

24. Dans sa duplique du 5 septembre 2007, la défenderesse a persisté dans ses conclusions précédentes. Elle a expliqué qu'elle n'avait pas pris en compte les certificats médicaux d'incapacité de travail établis par la Dresse Q_____ en raison des conclusions du Dr O_____ et de l'absence de faits nouveaux depuis le 13 octobre 2005. Elle a relevé qu'elle n'avait plus reçu de certificats médicaux au-delà du 23 décembre 2005 ce qui, en vertu de ses conditions générales, entraînait un arrêt du versement de ses prestations. Elle a souligné que le rapport de la Dresse R_____ du 14 août 2006 ne contredisait pas les rapports des autres médecins puisqu'elle considérait que, dans une activité adaptée, la capacité de travail paraissait entière. Elle a admis que, dans son courrier du 14 septembre 2005, une erreur de plume s'était glissée concernant la citation d'un des articles de ses conditions générales d'assurance. Elle a exposé qu'elle avait pris en considération le rapport de la Dresse Q_____ puisque son médecin-conseil avait pris position sur ledit rapport.
25. Le 10 septembre 2007, le Tribunal a communiqué cette écriture au recourant.
26. Le Tribunal a procédé à une comparution des parties qui a eu lieu le 10 octobre 2007. Lors de cette audience, le demandeur a précisé qu'il avait eu connaissance du rapport d'expertise du Dr O_____ et qu'après avoir reçu le courrier de la défenderesse mettant fin à ses prestations au 31 décembre 2005, il n'avait entrepris aucune recherche d'emploi dans une activité adaptée dès lors qu'il était toujours en traitement et que la Dresse Q_____ attestait une incapacité de travail entière. Il a ajouté qu'il avait été opéré du poignet droit en janvier 2007 puis qu'une nouvelle opération avait dû être pratiquée sur ledit poignet le 10 août 2007 et qu'il se trouvait toujours à l'incapacité de travail. Il a indiqué qu'il voulait se recycler mais avec l'accompagnement de l'assurance. Pour sa part, la défenderesse a répondu qu'elle était une assurance privée et qu'elle maintenait sa position.

Sur quoi, le Tribunal a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. c LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives aux assurances

complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal) et à l'assurance-accidents obligatoire prévue par la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA).

Ainsi que cela ressort de la lecture des travaux préparatoires, cette volonté du législateur vise à améliorer la situation des assurés qui, en cas de litige avec un assureur privé portant sur des prestations complémentaires à l'assurance-maladie obligatoire ou à l'assurance-accidents obligatoire, peuvent désormais saisir le Tribunal des assurances (cf. Mémorial du Grand Conseil 2001-2002, p. 98, relatif à l'art. 56G al. 1 let. g du projet de loi PL 8636, devenu l'art. 56V al. 1 let. c LOJ).

Selon le Tribunal des conflits, dans son arrêt du 26 août 2005 (ACOM 55/2005), le Tribunal cantonal des assurances sociales est désormais saisi de l'ensemble du contentieux en matière d'assurances complémentaires privées, tant dans le domaine de l'assurance-maladie que dans celui de l'assurance-accidents, que cette assurance complémentaire soit offerte tant par une caisse-maladie que par une institution d'assurance privée autorisée ou non par l'Office fédéral des assurances sociales.

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. L'assurance en cause est une assurance complémentaire contre la perte de gain en cas de maladie soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (ci-après LCA). L'art. 46a LCA prescrit que le for se définit selon la loi du 24 mars 2000 sur les fors (LFors) dont l'art. 3 let. b prévoit que le for est, pour les actions dirigées contre une personne morale, celui de son siège. En l'espèce, la défenderesse a son siège à Genève de sorte que le Tribunal de céans est également compétent *ratione loci* pour connaître de la présente demande.

La loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 (LSA) ne contient pas de règles spécifiques concernant les délais que doivent observer les assurés qui entendent contester une décision prise en matière d'assurance pour perte de gain, la notion de décision n'ayant du surcroît pas le même sens que dans le domaine de l'assurance sociale. En revanche, selon l'art. 46 al. 1, 1^{ère} phrase LCA, l'assuré doit saisir directement l'autorité judiciaire par la voie d'une action qui doit être intentée dans les deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation qui dérive du contrat d'assurance.

Interjetée devant la juridiction compétente le 11 mai 2007 pour des prestations litigieuses dès le 1^{er} janvier 2006, la demande est recevable.

3. Est seule litigieuse l'incapacité de travail au-delà du 31 décembre 2005. En conséquence, le présent litige porte sur le droit de la défenderesse à supprimer le versement des indemnités journalières à partir du 1^{er} janvier 2006.

4. Pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal, les cantons prévoient une procédure simple et rapide dans laquelle le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves (art. 85 al. 2 LSA). Celui-ci est une autorité de première instance qui doit instruire l'action de l'assuré, en respectant les règles minimales de procédure prévues à l'art. 85 al. 2 LSA (VIRET, *Le contentieux en matière d'assurance-maladie selon le nouveau droit*, RJJ 1996, p. 199). Pour le surplus, il doit se conformer au droit cantonal applicable. Aux termes de l'art. 19 LPA sur renvoi de l'art. 89A LPA, le Tribunal cantonal des assurances sociales établit les faits d'office.

L'obligation pour le juge d'établir d'office les faits ne dispense pas les parties d'une collaboration active à la procédure. Il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 107 II 233 consid. 2c). Le juge doit procéder à des investigations supplémentaires ou en ordonner lorsqu'il y a suffisamment de raison pour le faire, eu égard aux griefs invoqués par les parties ou aux indices résultant du dossier. Il ne peut ignorer des griefs pertinents invoqués par les parties pour la simple raison qu'ils n'auraient pas été prouvés (VSI 5/1994, 220 consid. 4a).

Comme l'a précisé le Tribunal fédéral des assurances (ci-après : TFA) dans sa jurisprudence relative à l'appréciation des preuves dans le domaine médical, le principe de la libre appréciation des preuves signifie que le juge apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Dès lors, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. (ATF non publié du 13 novembre 2007, 4A_253/2007, consid. 4.2). En présence de rapports médicaux contradictoires, le juge 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. L'élément déterminant pour la valeur probante d'un rapport médical n'est ni son origine, ni sa désignation, mais son contenu. A cet égard, 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 bien motivées (ATF 125 V 351 ss consid. 3, ATF non publié du 12 juin 2007, 4A_45/2007, consid. 5.1).

Une expertise n'a pas de valeur probante, si l'expert n'a pas répondu aux questions posées, si ses conclusions sont contradictoires ou si, de quelque autre façon, l'expertise est entachée de défauts à ce point évidents et reconnaissables, même sans connaissances spécifiques, que le juge ne pouvait tout simplement pas les ignorer (ATF non publié du 26 septembre 2006, 5P.76/2006, consid. 2.1).

Les mesures d'instruction ordonnées par l'assureur, à savoir notamment l'examen par un médecin, ne sont pas des expertises au sens strict du terme, à moins que l'assureur n'interpelle l'intéressé sur le libellé des questions ainsi que le choix de l'expert et lui donne l'occasion de se déterminer avant l'exécution de l'acte d'instruction projeté. L'on ne saurait toutefois leur dénier toute valeur probante de ce seul fait. Il faut en effet examiner si le médecin commis par l'assureur s'est penché sur les questions médicales litigieuses et a donné à celui-ci des indications utiles pour décider d'une éventuelle prise en charge (ATA/143/1999).

5. Le demandeur conteste la suppression du versement de l'indemnité journalière dès le 1^{er} janvier 2006, alors que la défenderesse, sur la base du rapport du Dr O_____, considère que l'assuré possède une capacité de travail entière dans une activité adaptée en tout cas dès le 14 septembre 2005 et qu'en vertu de son obligation de diminuer le dommage, il lui incombait de trouver une activité adaptée dans un délai de trois mois dès cette date, à savoir au plus tard dès le 1^{er} janvier 2006.

X_____ SA en tant que preneur d'assurance, et la défenderesse en qualité d'assureur, ont conclu un contrat collectif d'indemnités journalières selon la LCA. Par cette convention, le demandeur était couvert pour le risque de perte de gain dû à la maladie. Il s'agit d'une assurance au profit de tiers (cf. art. 18 al. 3 LCA), qui confère un droit propre au bénéficiaire (i.e. le travailleur) contre l'assureur en vertu de l'art. 87 LCA (ATF non publié du 12 septembre 2007, 4A_179/2007, consid. 4.2).

S'agissant d'un contrat soumis à la LCA, il convient en premier lieu de déterminer si, sur la base des conditions convenues, on est en présence d'une incapacité de gain (cf. STOESEL, Commentaire bâlois, n. 6 ss ad art. 3 LCA; RVJ 1996 p. 257 consid. 8a).

La police d'assurance-maladie collective, datée du 28 novembre 2002, prévoit une couverture d'assurance du personnel de l'entreprise du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2004. Quant aux prestations assurées, elle précise qu'il s'agit d'une indemnité journalière perte de gain en cas de maladie correspondant à 80 % du salaire durant 730 jours par cas, sans déduction du délai d'attente de 14 jours par cas et avec couverture intégrale des maladies préexistantes. En outre, elle mentionne que les conditions générales d'assurance (CGA) 2002 sont applicables.

Selon les CGA (édition 2002) régissant l'assurance perte de gain en cas de maladie de GENERALI, la maladie est toute atteinte involontaire à la santé physique ou psychique constatée médicalement qui n'est pas la conséquence d'un accident, qui nécessite un traitement médical et qui entraîne une incapacité de travail (art. 1, 1^{ère} phrase). Il y a incapacité de travail lorsque l'assuré est totalement ou partiellement incapable d'exercer sa profession ou une autre activité lucrative pouvant

raisonnablement être exigée de lui. Si l'assuré refuse d'exercer une activité lucrative pouvant être exigée de lui, la Compagnie peut refuser le versement des prestations. L'indemnité journalière est payée pour chaque jour d'incapacité de travail de 25 % au moins, dûment constatée par un médecin. Elle se calcule selon le degré d'incapacité de travail (art. 5 ch. 1). A tout moment, la Compagnie peut aussi exiger des certificats ou une expertise d'un médecin spécialiste. La Compagnie est en droit de demander aux médecins qui traitent ou qui ont traité l'assuré des renseignements sur son état de santé, à condition que ces indications servent à déterminer l'étendue du droit aux prestations. La Compagnie pourra, en particulier, exiger des certificats médicaux et autres documents et ordonner des examens effectués par des médecins qu'elle désignera (art. 11 ch. 2).

En l'espèce, il ressort clairement des CGA qu'il y a incapacité de travail lorsque l'assuré est totalement ou partiellement incapable d'exercer sa profession ou une autre activité lucrative pouvant raisonnablement être exigée de lui. Par conséquent, il y a lieu de déterminer si c'est à juste titre que la défenderesse a supprimé ses prestations au 31 décembre 2005 au motif qu'il n'existait plus d'incapacité de travail en se basant sur le rapport du Dr O_____.

Dans son rapport du 9 juin 2005, le Dr O_____ a indiqué que l'activité de l'assuré consistait en travaux de nettoyage de chantiers avec des activités souvent assez lourdes. Dans l'anamnèse, il a mentionné que l'assuré avait présenté un premier épisode de lombalgie en 1995, qu'une IRM aurait démontré une petite hernie discale et que, par la suite, il avait continué à ressentir des lombosciatalgies gauches épisodiques, non invalidantes, nécessitant parfois quelques séances de physiothérapie. Il a ajouté que l'assuré était en incapacité de travail totale depuis le 14 octobre 2004 en raison de douleurs cervico-dorso-lombaires apparues suite à un effort lors de son travail. Il a exposé que l'assuré se plaignait essentiellement de cervico-dorsalgies hautes avec de vagues paresthésies des deux mains. Lors de son examen, il n'a constaté aucune limitation ostéoarticulaire périphérique et aucun signe radiculaire des quatre extrémités, le syndrome du tunnel carpien droit lui paraissant fort mineur. Il n'a mis en évidence qu'une très petite limitation de la mobilité cervicale lors des mouvements d'extension et a relevé que la présentation était assez démonstrative dans la région lombaire avec une nette discordance entre une distance doigts-sol à 50 cm et une distance doigts-orteils à 10 cm. Il a diagnostiqué des rachialgies sur troubles statiques et dégénératifs débutants avec syndrome de déconditionnement. Il a également évoqué des troubles somatoformes douloureux. Il a critiqué le traitement entrepris dans la mesure où l'inactivité et la longueur de l'arrêt de travail avaient généré un syndrome de déconditionnement ainsi qu'une aggravation de la composante somatoforme. Bien que le travail de nettoyeur soit assez lourd, il a proposé une tentative de reprise progressive du travail dans l'ancienne activité à raison de 25 % dès la fin juin, pour deux semaines, puis de 50 % pendant deux semaines et de 75 % pour la même durée jusqu'à un taux complet. Il a précisé que si l'assuré ne pouvait pas retravailler à temps complet

dans l'ancienne activité, il considérait qu'après environ une année d'arrêt de travail elle n'était plus exigible mais que, dans un travail légèrement plus adapté, ses capacités de travail étaient totales et qu'il fallait adresser le patient aux services du chômage aux alentours du mois d'octobre 2005 pour qu'il retrouvât un travail par ce biais. En définitive, il a admis l'absence d'une incapacité de travail au sens des CGA aux alentours du 1^{er} octobre 2005.

En l'espèce, le rapport médical du Dr O _____ sur lequel se base la défenderesse n'est pas une expertise à proprement parler puisque le demandeur n'a pas eu la possibilité de se prononcer sur le libellé des questions et le choix de l'expert. Pour admettre sa valeur probante, il convient d'examiner si ce rapport est complet, si ses conclusions sont cohérentes et s'il ne présente pas d'autres défauts reconnaissables d'emblée.

Le Dr O _____ s'est basé sur le dossier médical et radiologique de la défenderesse, après avoir enregistré les plaintes de l'assuré, puis procédé à une anamnèse et à un examen clinique. Il s'est exprimé sur l'évolution de l'état de santé du demandeur, sur sa capacité de travail dans l'activité exercée et dans une activité adaptée, enfin, il a dûment expliqué et motivé son point de vue. Ses conclusions sont cohérentes et convaincantes, en tant que, notamment, elles reposent sur des constatations objectives seules pertinentes dans ce type d'appréciation.

Le recourant conteste les conclusions du Dr O _____ au motif qu'il serait le médecin-conseil de la défenderesse et qu'à ce titre, il ne serait ni indépendant, ni neutre. De plus, il lui reproche d'avoir pris unilatéralement des recommandations absolues.

Contrairement à ce que prétend à tort le demandeur, l'élément déterminant pour la valeur probante d'un rapport médical n'est ni l'origine du moyen de preuve, ni sa désignation comme rapport ou comme expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 125 V 352 consid. 3a, 122 V 160 consid. 1c et les références). Par conséquent, le fait que le Dr O _____ ait été mandaté par la défenderesse pour apprécier la capacité de travail du demandeur n'a aucune incidence sur la valeur probante du rapport et des conclusions de ce médecin. Par ailleurs, contrairement à ce que soutient le demandeur, ce médecin n'est pas médecin-conseil de la défenderesse, ni salarié de cette dernière puisqu'il est médecin-chef aux établissements hospitaliers du nord vaudois (EHN). Quant aux recommandations du Dr O _____ concernant la remise au travail du demandeur, il s'agit des réponses à la question de la défenderesse : « proposez-vous un autre traitement » ? Ces dernières se basent sur le constat que l'inactivité et la longueur de l'arrêt de travail ont généré un syndrome de décontionnement ainsi qu'une aggravation de la composante somatoforme. Cette constatation n'est pas unilatérale puisqu'elle repose sur des signes objectifs de majoration de plaintes comme par exemple la discordance entre la mesure doigts-sol et doigts-orteils ainsi que sur la nouvelle approche

thérapeutique des troubles du rachis préconisant une reprise du travail au plus tard dans les six mois depuis le début de l'incapacité de travail.

De plus, les autres rapports médicaux motivés figurant au dossier ne contredisent d'ailleurs en rien cette évaluation. En effet, dans son rapport du 8 février 2005, le Dr M_____ ne se prononce pas sur l'incapacité de travail du demandeur et relève une discordance assez nette entre l'intensité des symptômes ressentis et la discrétion de l'atteinte radiologique. Dans son rapport du 23 août 2005, le Dr L_____ indique implicitement qu'il a attesté une incapacité de travail entière au motif que les syndromes algiques vertébraux justifient une incapacité de travail à pratiquer un métier lourd tout en reconnaissant l'absence de corrélation entre les plaintes du patient et les constatations radiologiques ainsi que neurochirurgicales. Ce faisant, il ne s'est pas exprimé sur l'incapacité de travail au sens des CGA puisqu'il n'a pas examiné si on pouvait raisonnablement exiger de l'assuré l'exercice d'une autre activité lucrative adaptée à son handicap. Dans son rapport du 30 juin 2006, malgré les explications requises par la défenderesse au sujet de l'incapacité de travail attestée dès le 12 octobre 2005, la Dresse Q_____ ne se prononce pas sur la capacité de travail du demandeur mais seulement sur l'évolution de son état de santé et le traitement entrepris. De plus, ses divers certificats médicaux reconnaissant une incapacité dès le 12 octobre 2005 sont des simples attestations d'incapacité de travail qui n'expliquent pas pourquoi elle reconnaît une telle incapacité de travail et si cette dernière concerne également l'exercice d'une autre activité pouvant raisonnablement être exigée de l'assuré. Enfin, dans son rapport du 14 août 2006, la Dresse R_____ confirme l'appréciation du Dr O_____ puisqu'elle conclut que, dans une activité adaptée, n'exigeant pas le port de charges, des mouvements répétitifs ou une même position du corps prolongé, la capacité de travail paraît entière.

Par conséquent, force est de constater que le rapport du Dr O_____ remplit toutes les conditions jurisprudentielles permettant de lui reconnaître une pleine force probante (cf. ATF 125 V 352 consid. 3a et la référence). Ses conclusions seront donc suivies par le Tribunal de céans.

6. Aux termes de l'art. 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 et s'y conformer (al. 1); 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). L'ayant droit remplit son obligation de faire ce qui peut raisonnablement être exigé de lui pour réduire son dommage s'il prend à cette fin les mesures que prendrait un homme raisonnable dans la même situation s'il ne pouvait attendre aucune indemnisation de tiers (HÖNGER/SUSSKIND, Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n. 15 ad art. 61 LCA; MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3e éd., 1995, p. 344 et les références citées).

Dans des arrêts qui concernaient comme ici une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (ATF 127 III 106, consid. 4c non publié; ATF non publié 5C.176/1998 du 23 octobre 1998, consid. 2c), le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 61 LCA était l'expression du même principe général dont le TFA déduisait, en matière d'assurance d'indemnités journalières soumise au droit des assurances sociales, l'obligation de l'assuré de diminuer le dommage par un changement de profession lorsqu'un tel changement peut raisonnablement être exigé de lui, pour autant que l'assureur l'ait averti à ce propos et lui ait donné un délai adéquat (cf. ATF 111 V 235 consid. 2a; 114 V 281 consid. 3a; voir aussi BRULHART, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, in *Le droit social dans la pratique de l'entreprise - questions choisies*, 2006, p. 95 ss, 107). Il importe peu que l'assuré soit encore lié ou non par un contrat de travail car ce délai transitoire a uniquement pour but de permettre le changement d'activité et la recherche d'un nouveau travail adapté. En effet, cette nécessité d'adaptation se réalise indépendamment du fait que l'intéressé soit lié ou non à un rapport de travail (RAMA 5/2006 KV 380 p. 341 consid. 4.4).

Selon la jurisprudence du TFA, lorsque l'assuré doit envisager un changement de profession en regard de l'obligation de diminuer le dommage, la caisse doit l'avertir à ce propos et lui accorder un délai adéquat - pendant lequel l'indemnité journalière versée jusqu'à présent est due - pour s'adapter aux nouvelles conditions ainsi que pour trouver un emploi; dans la pratique, un délai de trois à cinq mois imparti dès l'avertissement de la caisse doit en règle générale être considéré comme adéquat (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1; RKUV 2000 KV 112 122, consid. 3a).

L'art. 61 LCA n'étant pas de droit impératif, les parties peuvent avoir défini un régime plus favorable (cf. art. 97 et 98 LCA; HÖNGER/SUSSKIND, op. cit., n. 29 ad art. 61 LCA; MAURER, op. cit., p. 345).

En l'espèce, l'art. 5 ch. 1, 2e phrase, CGA prévoit expressément une telle obligation de diminuer le dommage puisqu'il prescrit que si l'assuré refuse d'exercer une activité lucrative pouvant être exigée de lui, la Compagnie peut refuser le versement des prestations. Par conséquent, les parties n'ont pas adopté sur ce point une réglementation plus favorable à l'assuré.

Lors de son examen du 9 juin 2005, le Dr O_____ a préconisé une reprise progressive du travail dans la même profession en six semaines bien que le travail de nettoyeur soit assez lourd. Il a précisé que, si malgré une reprise progressive du travail, l'ancienne activité ne pouvait pas être exercée à un taux complet, il considèrerait qu'après environ une année d'arrêt de travail cette activité n'était plus exigible mais que, dans un travail légèrement plus adapté, la capacité de travail était totale et qu'il y avait lieu d'adresser le demandeur aux services du chômage aux alentours du mois d'octobre 2005 pour qu'il retrouvât un travail. Or, l'incapacité de travail a débuté le 14 octobre 2004 et le demandeur a tenté une reprise du travail

dès juin 2005 qui s'est soldée par un échec, le 19 juillet 2005. Au vu de cette situation, le 14 septembre 2005, la défenderesse, a informé l'assuré qu'elle le considérait comme ayant une capacité de travail entière dans une activité adaptée et qu'elle lui accordait un délai de trois mois jusqu'au 31 décembre 2005 pour reprendre une telle activité soit par le biais de son employeur, soit par celui du chômage, en précisant que dès le 1^{er} janvier 2006, elle ne lui verserait plus aucune prestation.

En définitive, le demandeur dispose d'une capacité de travail entière dans une activité adaptée depuis mi-septembre 2005, voire au plus tard dès le 1^{er} octobre 2005. Dans la mesure où la défenderesse a informé l'assuré de son obligation de diminuer le dommage, le 14 septembre 2005, le Tribunal de céans considère qu'un délai de trois mois et demi à partir de cette date ou de trois mois dès le 1^{er} octobre 2005 répond aux exigences jurisprudentielles relatives à l'obligation de réduire le dommage, en tenant compte du fait que le demandeur est encore jeune, qu'il n'a pas de formation professionnelle, que les activités simples et répétitives dans le secteur privé offrent un éventail suffisamment varié d'activités non qualifiées pour qu'un certain nombre d'entre elles soient immédiatement accessibles au demandeur (ATFA non publié du 15 novembre 2006, I 228/05 consid. 5.2.2) et qu'il a manifesté peu d'empressement pour recommencer à travailler. En effet, dans son annonce à l'Office cantonal de l'emploi, il ne s'est inscrit que pour un poste dans son domaine d'activité précédent, il a d'emblée présenté des certificats médicaux attestant une incapacité de travailler et il n'a entrepris aucune démarche pour s'assurer d'un emploi mieux adapté à son état de santé.

Si, comme l'aurait fait dans la même situation tout homme raisonnable ne pouvant attendre aucune indemnisation de tiers, le demandeur avait mis à profit cette capacité de travail dans le délai de plus de trois mois dès l'avertissement, la défenderesse n'avait plus à servir d'indemnités journalières au delà du 31 décembre 2005 de sorte que cette dernière était en droit de suspendre ses prestations dès cette date.

7. Enfin, le demandeur conteste la position de la défenderesse au motif qu'il souhaite se recycler dans un métier approprié avec l'aide de cette dernière. Ce faisant, le demandeur semble oublier que la défenderesse ne couvre que la perte de gain et non pas le risque de l'invalidité de sorte qu'elle ne verse pas de prestations pour réadaptation professionnelle au contraire d'une assurance sociale telle que l'assurance-invalidité ou l'assurance-accidents. En effet, les CGA de la défenderesse ne prévoient nullement la prise en charge d'un reclassement professionnel mais se limitent au versement d'une indemnité journalière. De plus, même dans le domaine de l'assurance sociale, le fait que l'assuré ne puisse plus exercer sa profession antérieure ne suffit pas, à lui seul, pour fonder un droit à un reclassement. En effet, il n'a pas droit à des mesures de réadaptation s'il ne subit pas une perte de gain permanente ou de longue durée (20 % au moins) dans une activité raisonnablement exigible et pouvant être exercée sans formation professionnelle supplémentaire

(ATF 124 V 110 consid. 2b et les références; MEYER-BLASER, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG], Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zurich 1997, p. 124 ss).

8. Au vu de ce qui précède, la demande doit être rejetée. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. La rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (av. du Tribunal Fédéral 29, Case postale, 1000 Lausanne 14), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (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, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances privées par le greffe le