RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2068/2004 **ATAS/16/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 10 janvier 2006

En la cause

Madame S_____, domiciliée à GENEVE, présentée par LE SYNDICAT SYNA, c/o SYNA GENEVE — demanderesse

contre

LA MOBILIERE ASSURANCES & PREVOYANCE, Bundesgasse 35, case postale, 3001 BERNE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Philippe GRUMBACH — défenderesse

---

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Valérie MONTANI et Juliana BALDE, Juges

EN FAIT

1. Madame S_____, née en 1965, a commencé le 1er février 2001 une activité d'aide-soignante à l'EMS "X_____". A ce titre, elle était couverte contre la perte de gain en cas de maladie par LA MOBILIERE ASSURANCES & PREVOYANCE (ci-après MOBILIERE), assurance collective souscrite par l'employeur.

2. Le 31 janvier 2003, en soulevant un patient, elle a ressenti une brusque douleur lombaire.

3. Le 1er février 2003, en raison de lombalgies, elle a consulté son médecin-traitant, le Dr A_____, généraliste, qui a attesté une incapacité de travail dès cette date.

4. Un scanner de la colonne lombaire a été pratiqué le 6 février 2003. Il a montré une protrusion discale et circulaire à prédominance postéro-foraminale en L4-L5 ainsi qu'une hernie discale médiane et paramédiane bilatérale en L5-S1 à prédominance paramédiane droite en contact avec la racine droite de S1 qui était légèrement tuméfiée.

5. Le 24 février 2003, après avoir procédé à un examen tant neurologique qu'électroneuromyographique du membre inférieur droit, le Dr B_____, neurologue, n'a pas constaté de déficit neurologique au membre inférieur droit et a relevé l'existence de signes irritatifs sous forme de paresthésies intermittentes.

6. Dans son courrier du 22 mai 2003 adressé au médecin-traitant, le Dr C_____, neurochirurgien, a fait état de quelques contractures paralombaires et a diagnostiqué une double discopathie L4-L5 et L5-S1 avec, sur ce dernier niveau, une hernie médiane ne nécessitant pas de chirurgie. Il a prescrit un programme de musculation ainsi que de posture et a préconisé une perte de poids. Il a émis des doutes quant à la reprise d'une activité d'aide-soignante au regard de la présence des deux discopathies (cf. rapport du Dr D_____ du 29 mars 2004, p. 7).

7. Sur demande de la MOBILIERE, le Dr E_____, spécialiste en médecine interne, a examiné l'assurée. Dans son rapport du 29 juillet 2003, il a diagnostiqué une pathologie mixte intriquée, à savoir un facteur physique objectif portant sur la colonne vertébrale et un facteur psychologique découlant probablement de la douleur chronique depuis cinq mois. Il a estimé que l'arrêt de travail était justifié, il a émis des réserves quant au pronostic de la reprise de l'activité professionnelle et a considéré comme probable qu'il y ait une évolution vers une affection chronique.

8. Dans son rapport du 26 novembre 2003, le Dr A_____ a diagnostiqué un status post-lombalgie aiguë, un syndrome sciatique droit sur la base d'une hernie discale L5-S1 et une importante dépression réactionnelle. Il a estimé que la reprise

du travail n'était pas envisageable pour le moment. Il a fait état de soins donnés par le Dr F_____, psychiatre et psychothérapeute.

9. Par courrier du 20 février 2004, la MOBILIERE a demandé au Dr D_____, chirurgien orthopédiste, d'examiner l'assurée, puis de se prononcer sur le diagnostic et l'incapacité de travail actuelle et future.

10. Dans son rapport du 9 mars 2004, le Dr G_____, spécialiste en médecine interne et médecin-conseil de l'employeur, a estimé que l'assurée n'était pas apte à exercer sa profession d'aide soignante et que cette inaptitude était probablement définitive.

11. Lors de l'examen par le Dr D_____ qui a eu lieu le 15 mars 2004, l'assurée s'est plainte de lombalgies continues, avec irradiations dans le membre inférieur droit et fourmis dans la jambe droite, de cervicalgies, enfin d'un état dépressif depuis une année qui l'handicapait beaucoup. Dans son rapport du 29 mars 2004, l'expert a constaté une obésité (BMI de 35), des genoux en valgus, l'absence de contracture paravertébrale aux cervicales et lombaires ainsi qu'aux trapèzes. Il a précisé qu'il n'avait pas pu effectuer un examen orthopédique complet et correct en raison des mouvements de défense de la patiente. Il a fait procéder à des radiographies de toute la colonne vertébrale qui ont montré un petit pincement discal L5-S1 sans listhésis et un léger pincement des espaces intervertébraux L4-L5 et L5-S1. En définitive, il a diagnostiqué une discopathie L4-L5 et L5-S1 avec hernie discale médiane à large base ainsi que des troubles somatoformes douloureux. Il a estimé qu'il n'était pas possible de remettre la patiente au travail et a proposé la mise sur pied d'une expertise psychiatrique.

12. Le 20 avril 2004, la MOBILIERE a demandé au Dr H_____ de procéder à une expertise psychiatrique. A cet effet, le 25 mai 2004, l'expert a eu un entretien d'une heure avec l'assurée et a procédé à un dosage sérologique. Dans son rapport d'expertise du 25 mai 2004, le Dr H_____ a rappelé que le Dr D_____ avait observé une exagération des plaintes et s'était étonné de l'absence d'efficacité des traitements. De plus, il a précisé que l'assurée connaissait très bien son dossier médical, qu'elle s'était montrée sur la défensive et qu'elle semblait servir un discours préparé. Il n'a pas constaté de symptômes majeurs de la dépression et a estimé que les quelques symptômes dépressifs étaient réactionnels à la douleur et n'avaient pas la consistance d'un trouble dépressif. Il n'a pas observé de symptômes physiques d'angoisse ni de préoccupations particulières. Il a considéré que tous les symptômes diagnostiques de la somatisation n'étaient pas présents chez l'assurée qui répondait à trois critères d'une somatisation, mais pas à l'exigence de durée du trouble qui devait persister au moins six mois. Il a diagnostiqué un trouble somatoforme indifférencié (F45.1) et a conclu à la présence manifeste de symptômes d'exagération quant à l'intensité des troubles et à leur retentissement fonctionnel, soit à un diagnostic d'exagérations symptomatiques pour des motifs

non médicaux (Z76.2). Il lui a semblé que l'assurée n'avait pas de motivation à guérir, qu'elle ne prenait pas les traitements préconisés ainsi que cela ressortait des analyses sanguines et qu'elle ne faisait pas tous les efforts pour retrouver sa capacité de travail. En définitive, il a conclu à l'absence d'incapacité de travail sur le plan psychiatrique.

13. Par courrier du 14 juillet 2004, la MOBILIERE a informé l'assurée que les experts n'avaient pas d'argument pour justifier une incapacité de travail et que le Dr H_____ avait constaté tant une absence de motivation à guérir qu'une absence d'efforts nécessaires pour retrouver sa capacité de travail. Elle l'a averti qu'en conséquence, elle suspendait le versement de ses indemnités dès le 31 juillet 2004.

14. Le 26 août 2004, l'assurée a contesté la suspension du versement des indemnités et a demandé la reprise immédiate du versement de ces dernières. Elle a joint les derniers rapports des Drs A_____ et F_____. Dans son rapport du 24 août 2004, le Dr A_____ a retenu un diagnostic de fibromyalgie et d'important état anxio-dépressif. Il a précisé que la patiente donnait l'impression de souffrir réellement et qu'il avait constaté de l'anxiété provoquée par ses différentes douleurs. Il a indiqué qu'à la suite des expertises demandées par la MOBILIERE, l'assurée avait tenté de reprendre le travail à 50% le 15 juillet 2004, mais était revenue le jour même le consulter en présentant une grande détresse psychique, raison pour laquelle il avait attesté une incapacité entière de travail dès le 16 juillet 2004. Dans son rapport du 27 août 2004, le Dr F_____ a précisé que l'assurée était en traitement chez lui depuis le 28 mai 2003 à un rythme bimensuel. Il a contesté les diagnostics posés par le Dr H_____ et a retenu un diagnostic de trouble somatoforme douloureux persistant (F45.4). Il a indiqué que l'exagération dans la manifestation des plaintes entrait dans le cadre des troubles somatoformes. Il a admis que les vertébralgies avaient provoqué un état dépressif réactionnel et a posé un diagnostic de trouble de l'adaptation, réaction dépressive prolongée (F43.21). Il a expliqué qu'il avait constaté à chaque séance des propos pessimistes, autodévalorisants, parfois des larmes, une faible capacité d'introspection et de mentalisation qui provoquait une attitude désemparée face à une perspective de vie sans joie et plaisirs habituels. Enfin, il a ajouté qu'il avait prescrit du Deroxat, puis que, lors de la séance du 19 avril 2004, il avait décidé de le remplacer par de l'Efexor ER, ce qui pouvait expliquer le dosage sérologique bas constaté le 25 avril 2004.

15. Le 8 septembre 2004, la MOBILIERE a demandé au Dr H_____ de préciser si les deux derniers rapports médicaux étaient susceptibles de modifier les conclusions de son rapport d'expertise.

16. Dans son courrier du 14 septembre 2004, le Dr H_____ a conclu à la mauvaise foi ou à l'ignorance du Dr A_____. Puis, il a relevé que le

diagnostic de "trouble somatoforme persistant" n'existait pas et que le manuel sur lequel se basait le Dr F_____ était assez vague. Enfin, il a expliqué qu'il avait procédé à un dosage sérologique le 25 mai 2004 et non pas le 25 avril 2004, de sorte qu'après un mois de prescription le taux dans le sang aurait dû être élevé. Il a ajouté qu'il n'avait pas procédé à des examens psychologiques complémentaires, car il y avait suffisamment d'arguments pour parler d'exagération et de mauvaise volonté.

17. Le 20 septembre 2004, la MOBILIERE a répondu à l'assurée que sa décision reposait sur les rapports de deux experts ayant donné un avis neutre, non entaché d'une éventuelle subjectivité, et que tous les critères étaient réunis pour admettre la valeur probante de leur rapport. Elle a indiqué qu'elle ne reviendrait pas sur sa décision de suspendre ses prestations.

18. Par acte du 5 octobre 2004, l'assurée a saisi le Tribunal de céans en indiquant qu'elle n'avait pas d'autre possibilité que de recourir devant cette instance. Elle n'a pas pris de conclusions formelles.

19. Dans sa réponse du 25 novembre 2004, la défenderesse a conclu à l'irrecevabilité de la demande, en raison de l'absence tant de l'indication de la qualité des parties que de motivation et de conclusions, subsidiairement à son rejet, sous suite de frais et dépens. A l'appui de sa thèse, elle a prétendu que les plaintes de l'assurée n'étaient fondées ni sur le plan organique, ni sur le plan psychiatrique, ainsi que cela ressortait des rapports d'expertise établis après étude du dossier et examen de la patiente. De plus, elle a relevé que l'assurée ne prenait pas les traitements prescrits et ne participait pas à l'amélioration de sa santé pour autant qu'elle fût malade, ce qui l'autorisait à suspendre le paiement des prestations. Enfin, elle a demandé au Tribunal de céans de lui accorder un délai pour répondre sur le fond au cas où la demande serait jugée recevable.

20. Dans sa réplique du 17 décembre 2004, la demanderesse a conclu à la mise en place d'une contre-expertise médicale et au versement des indemnités journalières depuis l'interruption intervenue le 31 juillet 2004 et jusqu'au 31 janvier 2005 pour un montant total de 20'737 fr.

21. Le 4 mars 2005, la défenderesse a sollicité un délai pour dupliquer.

22. Par arrêt incident du 8 mars 2005, le Tribunal de céans a suspendu la procédure dans l'attente d'un jugement du Tribunal des conflits quant à la compétence du Tribunal des assurances sociales pour juger des litiges en matière d'assurance complémentaire régie par la loi fédérale sur le contrat d'assurance privée.

23. Le 13 octobre 2005, le Tribunal de céans a repris l'instance à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits en date du 26 août 2005 confirmant la compétence du

Tribunal des assurances sociales en matière d'assurances complémentaires. Il a fixé un délai à la défenderesse pour dupliquer.

24. Dans sa duplique du 7 novembre 2005, la défenderesse a confirmé ses conclusions précédentes. Elle a contesté que l'assurance perte de gain contractée par l'employeur soit une assurance obligatoire. De plus, elle a précisé que la suspension de ses prestations était également légitimée par l'absence de coopération de l'assurée lors des examens pratiqués par les experts. En outre, elle a estimé que les rapports des médecins traitant n'étaient pas fiables dès lors qu'ils diagnostiquaient soit des troubles qui n'existaient pas selon la liste de l'OMS, soit une fibromyalgie qui n'avait pas été constatée par les neurologues consultés. Enfin, elle a prétendu que l'assurée exagérait ses troubles, voire les simulait.

25. Le 9 novembre 2005, le Tribunal de céans a communiqué cette écriture à la demanderesse et a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. 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-accident obligatoire prévue par la loi fédérale sur l'assurance-accident du 20 mars 1981 (LAA).

   Ainsi que cela ressort de la lecture des travaux préparatoires, cette réforme 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).

   Le Tribunal cantonal des assurances sociales est ainsi 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, ce que le Tribunal des conflits a confirmé dans son arrêt du 26 août 2005.

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

3. L'assurance en cause est une assurance complémentaire collective 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).

   Le présent litige porte sur la recevabilité de la demande ainsi que sur le droit à des indemnités contre la perte de gain du 1er août 2004 au 31 janvier 2005.

4. La loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées du 23 juin 1978 (LSA - RS 961.01) ne contient pas de règles spécifiques concernant les délais que doivent observer les assurés qui entendent contester une décision prise en matière d'assurance complémentaire, la notion de décision n'ayant du surcroît pas le même sens que dans le domaine de l'assurance obligatoire. En revanche, selon l'art. 46 al. 1, 1ère 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. 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. 47 al. 2 LSA).

   En vertu de l'art. 89B al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA), la demande ou le recours adressé au Tribunal cantonal des assurances sociales contient pour les personnes physiques les nom, prénom et domicile ou résidence des parties (let. a), un exposé succinct des faits ou des motifs invoqués (let. b), des conclusions (let. c). Si ces conditions de forme ne sont pas respectées, le Tribunal cantonal des assurances sociales impartit un délai convenable à l'auteur de l'écriture pour compléter son écriture en indiquant qu'en cas d'inobservation, la demande ou le recours sera écarté (art. 89B al. 2 LPA).

   La défenderesse considère que la demande est irrecevable pour le motif que, dans son écriture du 5 octobre 2004, la demanderesse n'a pas présenté un exposé des faits, n'a pas motivé sa demande et n'a pas pris de conclusions chiffrées ou suffisamment précises.

   Il est avéré que l'écriture du 5 octobre 2004 ne satisfait pas aux exigences formelles de l'art. 89B al. 1 LPA. Toutefois, dans un tel cas, l'alinéa 2 de cette disposition légale impose au Tribunal de céans d'accorder un bref délai à la demanderesse pour parfaire son écriture. Etant donné que dans sa réplique du 17 décembre 2004, la demanderesse a présenté un exposé des faits, une motivation juridique et des conclusions chiffrées, il faut admettre qu'elle a spontanément complété sa demande en paiement, sans que le Tribunal de céans n'ait dû lui impartir un délai à cet effet.

Bien que le présent litige soit régi par la LCA et que la contestation d'une décision de l'assureur privé implique la voie de l'action en justice et non pas celle du recours, sans qu'un délai strict ne soit prévu à cet effet, ces motifs ne sont pas suffisants pour poser des exigences de recevabilité excédant le texte clair de l'art. 89B LPA. Au demeurant, l'art. 47 al. 2 LSA impose aux cantons de prévoir une procédure simple et rapide régie par le principe inquisitoire. Or, une telle exigence de célérité empêche précisément de déclarer irrecevable une demande ne respectant pas les exigences formelles et de contraindre la demanderesse à présenter une nouvelle demande.

En l'espèce, les indemnités journalières ont été suspendues à partir du 1er août 2004, de sorte que, déposée en temps utile devant la juridiction compétente par une assurée domiciliée dans le canton de Genève, la demande du 5 octobre 2004, qualifiée improprement de recours, est recevable.

5. L'incapacité de travail totale du 1er février 2003 au 31 juillet 2004 n'est pas contestée. Seule l'incapacité de travail postérieure à cette date est litigieuse.

Selon les conditions générales régissant l'assurance-collective d'indemnité journalière maladie (CGA), la MOBILIERE couvre les conséquences économiques de maladies (art. A1 al. 1). La maladie est toute atteinte involontaire à la santé, constatée par un médecin et qui n'est pas la conséquence d'un accident ou de ses suites (art. B1 al. 1). Il y a incapacité de gain temporaire lorsque, à la suite d'une maladie, la personne assurée est incapable, à raison d'au moins 25%, d'exercer son activité professionnelle au sein de l'entreprise assurée (art. B2 al. 1). L'indemnité journalière est servie pour chaque jour d'incapacité de gain temporaire dûment constatée par un médecin. La personne assurée se conforme strictement aux ordres du médecin. Dans le cas contraire, le droit aux prestations d'assurance est supprimé (art. D1). Selon l'art. D2 CGA, en présence d'une incapacité de gain temporaire, les indemnités journalières sont allouées uniquement lorsque la personne assurée est soumise à un traitement ou à un contrôle médical régulier (au minimum une fois toutes les quatre semaines).

Est considéré comme incapable de travailler l'assuré qui, à la suite d'une atteinte à la santé, ne peut plus exercer son activité habituelle ou ne peut l'exercer que d'une manière limitée ou encore avec le risque d'aggraver son état (ATF 111 V 239 consid. 1b; RJAM 1983 No 553 p. 266 consid. 1; ATA/262/2001; Alfred MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Berne 1979, Tome I, p. 286 ss). La limitation concrète de la capacité de travail résultant de l'empêchement est déterminante pour fixer le degré de l'incapacité de travail; elle s'apprécie sur la base de constatations médicales (RAMA 1987 No U 27 p. 394, consid. 2b; ATA/262/2001).

6. Pour qu'une expertise se voie conférer une valeur probante, il faut que le rapport soit complet, qu'il comporte une anamnèse, une description claire des interférences

médicales et des conclusions bien motivées (cf. ATF du 22 janvier 2002, 5P.421/2001, consid. 4c). Tel n'est pas le cas si l'expert n'a pas répondu aux questions posées, si ses conclusions sont contradictoires ou si, de quelqu'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 (cf. ATF du 20 avril 2001, 5P.457/ 2000, consid. 4a et la référence).

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).

Si l'autorité cantonale se trouve confrontée à plusieurs rapports médicaux et qu'elle fait siennes les conclusions de l'un d'eux, elle est tenue de motiver son choix (cf. ATF du 20 avril 2001, 5P.457/ 2000, consid. 4a et la référence).

7. En l'espèce, les rapports médicaux des Drs D_____ et H_____ sur lesquels se base la défenderesse ne sont pas des expertises à proprement parler puisque la demanderesse n'a pas eu la possibilité de se prononcer sur le libellé des questions et le choix de l'expert. Il convient dès lors d'examiner si ces rapports sont complets, si leurs conclusions sont cohérentes et s'ils ne présentent pas d'autres défauts reconnaissables d'emblée.

   Le rapport du Dr D_____ du 29 mars 2004 repose sur un examen de la patiente, les plaintes de cette dernière, un examen du dossier et de nouvelles radiographies. Toutefois, en raison des mouvements de défense de l'assurée, ce médecin n'a pas pu effectuer un examen orthopédique complet et correct. Il a diagnostiqué une discopathie L4-L5 et L5-S1 avec hernie discale médiane à large base. De plus, il a également posé un diagnostic de troubles somatoformes douloureux. Enfin, au sujet de la capacité de travail de la demanderesse, il a expliqué que plus d'un an après son arrêt de travail, il ne voyait pas la possibilité de remettre la patiente au travail qu'elle avait avant le 1er février 2003.

   Le Tribunal de céans constate que, malgré un examen orthopédique incomplet, le Dr D_____ a pu se prononcer en toute connaissance de cause après avoir procédé à de nouvelles radiographies. En revanche, en tant que chirurgien-orthopédiste, il n'était pas habilité à poser un diagnostic de troubles somatoformes douloureux. En effet, selon la jurisprudence, la reconnaissance de l'existence d'une atteinte à la santé psychique, soit aussi de troubles somatoformes douloureux persistants, suppose d'abord la présence d'un diagnostic émanant d'un expert

psychiatre et s'appuyant lege artis sur les critères d'un système de classification reconnu (ATF 131 V 49 consid. 1.2). Quoiqu'il en soit, c'est à tort que la défenderesse se base sur ce rapport pour conclure que la demanderesse ne présente aucune incapacité de travail due à une affection somatique. En effet dans son rapport, le Dr D_____ ne répond pas à la question relative à l'appréciation de l'incapacité de travail actuelle et future, mais se borne à indiquer qu'il n'est pas possible de remettre la patiente au travail et qu'un diagnostic psychiatrique pourrait justifier cette incapacité de travail de longue durée. Cette formulation sibylline n'est pas suffisante pour permettre la suppression des indemnités journalières. Au demeurant, il serait tout à fait étonnant qu'une aide-soignante ayant à effectuer des travaux de force, tels que soulever des malades, et souffrant de deux discopathies avec hernie discale puisse continuer à exercer son activité professionnelle sans aucune restriction. A cet égard, tant le Dr C_____ dans son rapport du 22 mai 2003, que le Dr E_____ dans son rapport du 29 juillet 2003 ont émis des doutes quant à la possibilité d'une reprise du travail.

Quant au rapport du Dr H_____ du 25 mai 2004, il se base sur un entretien d'une heure avec la patiente, un examen sérologique, un examen du dossier et surtout sur le rapport du Dr D_____. Il diagnostique un trouble somatoforme indifférencié (F45.1) et des exagérations symptomatiques pour des motifs non médicaux (Z76.2). Il conclut à l'absence d'incapacité de travail sur le plan psychiatrique en se référant à la pratique du Tribunal fédéral des assurances en matière de rente d'invalidité. Il explique qu'il ne retient aucun symptôme majeur de la dépression, car la patiente ne présente pas au moins deux des trois critères majeurs requis par la lettre B (F32.0) de l'ICD-10 (Classification internationale des troubles mentaux et des troubles du comportement de l'Organisation Mondiale de la Santé, dixième révision), à savoir humeur dépressive à un degré anormal pendant au moins deux semaines, diminution marquée de l'intérêt ou du plaisir pour des activités habituellement agréables, réduction de l'énergie ou augmentation de la fatigabilité. Il ne constate pas davantage l'existence d'au moins quatre symptômes mineurs de la dépression requis par la lettre C (F32.0) de l'ICD-10, à savoir perte de confiance en soi, sentiment de culpabilité, idées suicidaires, diminution de la concentration, modification de l'activité psychomotrice, perturbation du sommeil, modification de l'appétit.

Il ressort du rapport du Dr H_____ que la patiente était opposée à le rencontrer en raison des expériences malheureuses faites avec ce praticien par une de ses connaissances. Elle a alors adopté un comportement de méfiance à son égard et s'en est tenue à un discours immuable afin d'éviter de se livrer, ce que le psychiatre a perçu comme une absence de volonté de collaborer. Or, selon la doctrine (Hermann FREDENHAGEN, Das ärtzliche Gutachten, 2ème édition, 1985, Bâle, p. 191), au début d'un examen psychiatrique, le médecin doit toujours penser qu'il doit aborder avec l'assuré ses résistances de façon neutre affectivement pour observer le processus de ses difficultés mentales. Les peurs et les craintes peuvent

mobiliser une résistance contre l'examen et, chez d'autres, peuvent conduire à une aggravation. Dans le présent cas, en adoptant une attitude de méfiance envers l'examinateur, l'assurée n'a fait que manifester ses peurs et ses craintes, le Dr H_____ n'ayant manifestement pas adopté le comportement adéquat à son égard pour vaincre ses résistances. Dès lors, c'est à tort que le psychiatre a sans autre retenu une absence de volonté de collaborer. De plus, il a nié l'existence d'une incapacité de travail en se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances en matière d'invalidité. Or, ce faisant, le Dr H_____ a procédé à une appréciation juridique de l'incapacité de travail et est dès lors sorti du cadre de sa mission. En effet, selon la doctrine (François PAYCHERE, Le juge et l'expert, L'expertise médicale, 2002, Genève, p. 147), l'expert doit s'interdire de répondre à toute question juridique. En conséquence, son appréciation de l'incapacité de travail n'est pas pertinente.

Par ailleurs, les conclusions du Dr H_____ sont contestées par les Dr A_____ et F_____. Dans son rapport du 24 août 2004, le Dr A_____ diagnostique une fibromyalgie et un important état anxio-dépressif. Il atteste une incapacité de travail totale. Il précise qu'au contraire du Dr H_____ il a constaté de l'anxiété provoquée par les différentes douleurs et que la patiente donnait réellement l'impression de souffrir. Pour sa part, dans son rapport du 27 août 2004, le Dr F_____ diagnostique un trouble douloureux somatoforme persistant (F45.4) ainsi qu'un trouble de l'adaptation, réaction dépressive prolongée (F43.21). Il conteste le diagnostic d'exagération symptomatique pour des motifs non médicaux estimant que le comportement histrionique entre dans le cadre des troubles somatoformes douloureux. De plus, il est d'avis que les critères pour admettre une dépression majeure sont réalisés puisqu'il a constaté à chaque séance des propos pessimistes, autodévalorisants, parfois des larmes, une perspective de vie sans joie et plaisirs habituels. En définitive, ces deux médecins contestent tant les diagnostics posés par le Dr H_____ que son appréciation de l'incapacité de travail de la demanderesse.

Il est manifeste que, dans son rapport, le Dr F_____ a mentionné par erreur le diagnostic de trouble douloureux somatoforme persistant. Toutefois, par référence au code-diagnostic F45.4 de l'OMS, le lecteur pouvait sans autre rectifier cette erreur et comprendre qu'il faisait référence au syndrome douloureux somatoforme persistant. Contrairement à ce qu'affirme le Dr H_____ dans son rapport complémentaire du 14 septembre 2004, peu importe que le syndrome douloureux somatoforme persistant soit un syndrome ou une maladie dès lors qu'il est répertorié par l'OMS en tant que trouble mental et du comportement. Dans ledit rapport, face aux remarques du Dr F_____, le Dr H_____ ne motive pas son évaluation et se borne à considérer, en citant la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances et en émettant à nouveau une appréciation juridique, que le médecin-traitant prend trop facilement parti pour le malade. Or, en l'espèce, le

Dr F_____ fait remarquer avec à propos que l'aspect exagéré dans la manifestation des plaintes entre dans le cadre des troubles somatoformes et qu'il faut donc exclure le diagnostic d'exagération symptomatique pour des motifs non médicaux (Z76.2). En effet, selon la doctrine (Peter ROSATTI, De la sinistrose aux troubles somatoformes, L'expertise médicale, 2002, p. 82), les patients souffrant de troubles somatoformes présentent souvent un comportement histrionique et essaient d'attirer l'attention d'autrui, notamment quand ils ne réussissent pas à convaincre leurs médecins de la nature essentiellement physique de leur maladie et de la nécessité de poursuivre les investigations et les examens complémentaires. Les remarques du Dr F_____ apparaissent pertinentes au Tribunal de céans qui retient que le diagnostic d'exagération symptomatique pour des motifs non médicaux ne peut pas être posé dans le cas de la demanderesse puisque le trouble somatoforme implique régulièrement une manifestation exagérée des plaintes causée justement par cette maladie. Quant à savoir si le diagnostic de syndrome douloureux somatoforme persistant doit être préféré à celui de trouble somatoforme indifférencié, cette question peut rester non résolue car la question du diagnostic exact importe peu dès lors que sont seuls déterminants les effets de l'atteinte à la santé sur la capacité de travail. De plus, dans son rapport du 27 août 2004, le Dr F_____ explique pourquoi il a retenu un diagnostic de réaction dépressive prolongée (F43.21), en motivant de façon convaincante son appréciation. En conséquence, en regard des défauts qui entachent le rapport du Dr H_____, la défenderesse ne pouvait pas davantage suspendre le versement de ses indemnités journalières sur cette base-là.

Dans un tel cas, compte tenu de l'appréciation non probante du Dr H_____ et de l'absence de réponse du Dr D_____ quant à la capacité de travail de la demanderesse, le Tribunal de céans pourrait mettre en œuvre une expertise judiciaire. Toutefois, une telle instruction complémentaire ne serait pas satisfaisante, car l'expert ne pourrait examiner la demanderesse que plus d'une année après l'échéance du droit aux indemnités journalières de sorte qu'il ne serait pas en mesure d'apprécier l'existence d'une incapacité de travail pour une période où il n'a pas examiné la demanderesse.

Dès lors qu'il s'agit de la suppression du droit à des prestations, le fardeau de la preuve n'appartient pas à l'assuré mais à l'assureur (cf. RAMA 2000 n° U 363 p. 46 consid. 2). Selon la jurisprudence (ATFA du 27 octobre 2005, U 389/04, consid. 4.1), cette règle entre seulement en considération si, dans le cadre du principe inquisitoire, il n'est pas possible d'établir un état de fait qui corresponde à la réalité sur la base de l'appréciation des preuves (ATF 117 V 264 consid. 3b et les références).

Dans le présent cas, selon les art. D1 et D2 CGA, l'indemnité journalière est servie pour chaque jour d'incapacité de gain temporaire dûment constatée par un médecin lorsque la personne assurée est soumise à un traitement ou à un contrôle médical

régulier (au minimum une fois toutes les quatre semaines). Or, à partir du 16 juillet 2004, le Dr A_____ a attesté une incapacité de travail totale et la demanderesse a continué à consulter régulièrement ses médecins, de sorte qu'il faut admettre qu'elle remplit les conditions lui donnant droit à une indemnité journalière.

En l'espèce, les appréciations des médecins mandatés par la défenderesse ne permettent pas d'établir l'absence d'incapacité de travail puisque le Dr D_____ ne se prononce pas de façon claire à ce sujet et que le rapport du Dr H_____ ne peut pas être pris en considération, en raison des nombreux défauts qu'il comporte. En conséquence, la défenderesse n'est pas en mesure d'établir que la demanderesse ne présente plus d'incapacité de travail.

Dans sa décision de suspendre le versement des indemnités journalières dès le 31 juillet 2004, sur la base du rapport du Dr H_____, la défenderesse a également soutenu que la demanderesse ne faisait pas tous les efforts nécessaires pour retrouver sa capacité de travail, notamment en ne prenant pas les traitements préconisés et en manquant de motivation à guérir.

En l'espèce, en raison des défauts que contient le rapport du Dr H_____, il n'est pas établi que la demanderesse n'a pas fait tous les efforts nécessaires pour retrouver sa capacité de travail, plus spécialement qu'elle n'a pas pris les médicaments prescrits. En conséquence, la défenderesse n'était pas en droit de suspendre ses prestations en application de l'art. 61 LCA.

Enfin, dans son écriture du 7 novembre 2005, la défenderesse prétend que l'assurée ne s'est pas conformée aux prescriptions des médecins en décidant de sa propre initiative d'arrêter la physiothérapie ordonnée par le Dr C_____ en mai 2003, ce qui l'autorisait à supprimer les indemnités journalières en application de l'art. D1 ch. 1 CGA.

Or, contrairement à ce qu'affirme la défenderesse, la demanderesse n'a pas mis fin à la physiothérapie, mais, à la suite de douleurs provoquées par le traitement et manifestement d'entente avec son médecin-traitant, elle a mis un terme aux séances chez la physiothérapeute Hauser au milieu de l'année 2003 pour poursuivre le traitement de physiothérapie à la Permanence de Vermont jusqu'à la mi-mars 2004. En définitive, elle n'a pas cessé de suivre le traitement de physiothérapie puisque celui-ci a été poursuivi jusqu'à son terme en mars 2004, de sorte que la défenderesse ne pouvait pas lui reprocher une violation de son obligation de diminuer le dommage, d'autant plus qu'elle ne lui a donné aucun avertissement à ce sujet et ne lui a imparti aucun délai de réflexion contrairement aux réquisits de la jurisprudence.

8. Dans l’assurance collective d’indemnités journalières selon la LCA, si le sinistre survient pendant la période de couverture, l’assureur doit verser les prestations

convenues jusqu'à épuisement, aussi longtemps qu'elles sont justifiées selon les clauses conventionnelles ; la seule limite que connaisse la couverture réside non dans la fin des relations contractuelles, mais dans la durée des prestations convenues (Jean Benoît MEUWLY, La durée de la couverture d'assurance privée, thèse Fribourg 1994, p. 185).

En l'espèce, selon la police d'assurance liant l'Association X_____ et la MOBILIERE, l'indemnité journalière est versée durant 700 jours par cas d'assurance à raison de 80% du salaire journalier. Etant donné que l'incapacité de travail a débuté le 1er février 2003, la demanderesse a droit à la poursuite du versement de l'indemnité journalière pour la durée des prestations convenues, soit du 1er août 2004 au 31 janvier 2005 (184 jours). A cet égard, il convient de constater que la demanderesse invoque un salaire mensuel de 4'320 fr. 20 en 2004, soit un salaire annuel de 51'842 fr. 40, qui n'a pas été contesté par la défenderesse et qui est corroboré par la déclaration de maladie de l'employeur du 21 mars 2003 faisant état d'un salaire mensuel de 4'282 fr. 35 en 2003. En conséquence, le salaire journalier s'élève à 142 fr. 034 par jour (51'842.40 : 365) auquel il faut appliquer un taux d'indemnisation de 80%, de sorte que l'indemnité journalière s'élève à 113 fr. 65 (142.034 x 80%) pour 184 jours, ce qui représente la somme totale de 20'911 fr. 60.

9. S'agissant des intérêts moratoires, l'art. 41 al. 1 LCA dispose que la créance qui résulte du contrat est échue quatre semaines après le moment où l'assureur a reçu les renseignements de nature à lui permettre de se convaincre du bien-fondé de la prétention. Or, le débiteur d'une obligation est en demeure du seul fait de l'expiration du jour fixé pour l'exécution (ATA/771/1999). Passé ce délai, il doit l'intérêt moratoire de 5% conformément aux art. 102 et 104 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO) applicable par renvoi de l'art. 100 LCA.

   En l'espèce, l'assureur savait dès le 24 août 2004, soit dès la remise du rapport du Dr A_____, que l'incapacité de la demanderesse continuait à être totale. Le délai de quatre semaines de l'art. 41 LCA court ainsi du 25 août au 21 septembre 2004 y compris et les intérêts moratoires sont dus dès le 22 septembre 2004.

10. Compte tenu de ce qui précède, la demande doit être admise et la défenderesse condamnée à payer à la demanderesse le montant de 20'911 fr. 60 avec intérêts à 5% l'an dès le 22 septembre 2004. La demanderesse obtenant gain de cause, une indemnité de 1'500 fr. lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 89H al. 3 LPA). Pour le surplus, la procédure est gratuite.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet.

3. Condamne la MOBILIERE ASSURANCES & PREVOYANCE à verser à Madame S_____ le montant de 20'911 fr. 60 avec intérêt à 5% l'an dès le 22 septembre 2004.

4. Condamne la défenderesse à verser à la demanderesse une indemnité de 1'500 fr. à titre de dépens.

5. Informe les parties que, s'agissant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 et dans les limites des articles 43 ss et 68 ss de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral dans les trente jours dès sa notification. Le mémoire de recours sera adressé en trois exemplaires au Tribunal cantonal des assurances, 18, rue du Mont-Blanc, 1201 Genève. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière — La Présidente :

Marie-Louise QUELOZ — Doris WANGELER

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