



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2452/2006

ATAS/482/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 9 mai 2007

En la cause

Monsieur O _____, domicilié, GENEVE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Mauro POGGIA

demandeur

contre

ALLIANZ SUISSE, SOCIETE D'ASSURANCES SA, Hohlstrasse
552, ZURICH, comparant avec élection de domicile en l'étude de
Me Serge ROUVINET

défenderesse

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente ; Monique STOLLER FÜLLEMANN et
Dominique JECKELMANN, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur O _____, né le 1951, a été engagé par l'agence générale d'ALLIANZ SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES, précédemment agence générale de l'ELVIA ASSURANCES, dès le 1^{er} avril 1989. Il était chargé de la conclusion et du maintien de contrats d'assurances. Il était assuré à ce titre contre les accidents auprès de la société ALLIANZ SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES (ci-après ALLIANZ). Il était également assuré auprès de la même assurance pour la perte de gain maladie par un contrat d'assurance collective (police n° U46 2.538.766), qui prévoyait une indemnité journalière en cas de maladie couvrant le 100% du gain journalier après un délai d'attente de 30 jours. Des conditions générales (CGA, édition 1996) et des conditions complémentaires pour l'indemnité journalière de maladie (CCA, édition 2000) complétaient le contrat.
2. Le 22 novembre 2002, l'assuré a été victime d'un accident de la circulation routière à la suite duquel il a été en incapacité totale de travail. Une reprise de travail à 100% était prévue dès le 17 mars 2003, mais le 8 mars 2003, l'assuré a fait une chute dans les escaliers occasionnant une entorse de la cheville gauche. Il a été en incapacité de travail pour raison de maladie depuis le 6 mai 2003.
3. L'assuré a été licencié pour le 31 août 2003.
4. Par décision sur opposition du 29 juillet 2004, l'ALLIANZ a, en sa qualité d'assureur accidents, mis fin à ses prestations avec effet au 21 mai 2003, considérant qu'après cette date l'incapacité de travail de l'assuré n'était plus en relation avec l'accident. Cette décision a été confirmée par arrêt du Tribunal de céans du 28 septembre 2005. Le recours au Tribunal fédéral contre l'arrêt précité a été rejeté en date du 20 février 2007.
5. Par courrier du 17 septembre 2004, l'ALLIANZ informait l'assuré que, suite à la maladie ayant débuté le 6 mai 2003, elle verserait, dans le cadre de l'assurance collective maladie, les indemnités journalières pour la période du 6 mai 2003 au 31 août 2004. Selon le décompte final, elle devait à l'assuré 423 indemnités au taux de 100% de 116 fr. 64 et 31 indemnités au taux de 50%, soit 58 fr. 32, à savoir au total 51'146 fr. 65, sous déduction de l'indemnité journalière déjà versée de 29'472 fr. 20.
6. Dans le cadre de la procédure que l'assuré a engagée contre son ancien employeur, la Cour d'appel des prud'hommes a, dans son arrêt du 21 mars 2006, arrêté l'indemnité journalière salariale pour la période du 23 novembre 2002 au 6 avril 2003 à 216 fr. 90 et à 237 fr. 55 pour la période du 7 avril 2003 au 31 août 2003.
7. Par courrier du 7 avril 2006, l'ALLIANZ a indiqué à l'assuré qu'elle réclamait à la caisse de compensation AVS un montant de 18'041 fr. au titre de surindemnisation en compensation avec les paiements rétroactifs de l'assurance-invalidité.

8. En date du 11 avril 2006, l'ALLIANZ a confirmé à l'assuré qu'il n'avait plus droit aux prestations de l'assurance collective maladie depuis le 1^{er} septembre 2004, prestations qu'elle considérait par ailleurs comme prescrites.
9. Par décision de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) du 27 avril 2006, l'assuré a été mis au bénéfice d'une rente d'invalidité entière à partir du 1^{er} novembre 2003 jusqu'au 31 décembre 2004. Nonobstant l'avis de la Dresse A_____ qu'il avait lui-même mise en œuvre et qui posait, dans son rapport du 25 mai 2005, le diagnostic d'épisode dépressif sévère sans symptômes psychotiques avec une incapacité de travail de 80%, l'OCAI a considéré que l'assuré avait recouvré une capacité de travail entière dans toute activité à compter du mois d'octobre 2004. Cette décision a fait l'objet d'une opposition.
10. Par demande formée le 3 juillet 2006, l'assuré saisit le Tribunal de céans contre l'ALLIANZ en paiement d'une somme de 92'962 fr. 15 avec intérêts à 5% dès la date moyenne du 30 avril 2004, correspondant aux prétentions dues par la défenderesse du 1^{er} septembre 2003 - date à partir de laquelle le contrat de travail a été résilié - au 31 décembre 2004, ses prétentions étant réservées dès le 1^{er} janvier 2005. Il conclut également à la condamnation de la défenderesse aux dépens. Il considère en substance que l'indemnité journalière due était de 237 fr. 55 et non comme calculée par la défenderesse de 116 fr. 64 et lui réclame le paiement de la différence ainsi que le remboursement de la surindemnisation de 18'041 fr. qui a été compensée avec les arriérés de l'assurance-invalidité. Il reproche à la défenderesse de s'être écartée de la décision de l'OCAI lui octroyant une rente jusqu'au 31 décembre 2004 et de l'arrêt de la Cour d'appel des Prud'hommes laquelle a fixé le montant de l'indemnité journalière à 237 fr. 55.
11. Dans sa réponse du 29 août 2006, la défenderesse invoque la prescription de deux ans dès la naissance de la créance du demandeur le 6 mai 2003, date depuis laquelle il se trouve en arrêt maladie. Elle relève ensuite que le fait que le demandeur ait bénéficié d'une rente entière d'invalidité jusqu'au 31 décembre 2004 ne signifie pas qu'il se soit trouvé en incapacité totale de travail jusqu'à cette date. A cet égard, elle se réfère au rapport d'expertise psychiatrique du Dr B_____ qui a estimé la capacité de travail du demandeur à 50% dès le 1^{er} août 2004 et à 100% depuis le 1^{er} septembre 2004. La défenderesse considère en outre que l'indemnité journalière devait être calculée sur le dernier salaire AVS touché avant le début de la maladie et correspond donc bien à une indemnité de 116 fr. 64. Les considérations de la Cour d'appel des prud'hommes n'entrent, selon elle, pas en ligne de compte puisque celle-ci s'est basée sur le contrat de travail et non sur le contrat d'assurance collective perte de gain. Enfin, elle relève que les prestations versées au demandeur par les différentes assurances sociales entraînent une surindemnisation qui devait faire l'objet d'un remboursement.

12. Dans sa réplique du 29 septembre 2006, le demandeur relève au sujet de la prescription que la défenderesse a versé des prestations jusqu'au 31 août 2004 et que ce n'est que le 17 septembre 2004 qu'elle y a mis fin. C'est donc bien dès cette dernière date que le délai de prescription a commencé à courir. Il rappelle que, selon les conditions générales d'assurance et ses annexes, l'indemnité journalière se calcule sur la base du revenu fixe, de l'indemnité pour frais, de l'indemnité pour perte de commissions ainsi que sur les commissions annuelles et les commissions de l'année courante et qu'en conséquence les indemnités pour frais étaient maintenues durant l'incapacité de travail. Il considère que l'incapacité de travail doit être admise jusqu'au 31 décembre 2004 comme l'a fait l'OCAI et que la défenderesse doit rembourser le montant de 18'041 fr. déduit des arriérés versés par l'OCAI. Il persiste pour le surplus dans ses conclusions.
13. Dans sa duplique du 3 novembre 2006, la défenderesse relève que le règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RAI), en particulier l'art. 88a al. 1, n'est pas applicable aux cas d'assurance-maladie complémentaire et qu'il convient de considérer que la capacité de travail du demandeur était de 50% dès le 1^{er} août 2004 et de 100% dès le 1^{er} septembre 2004. Par ailleurs, elle persiste à considérer qu'elle n'est pas liée par les constatations de la Cour d'appel des prud'hommes relatives au montant des indemnités journalières. Elle accepte toutefois de tenir compte du solde de salaire que l'ex-employeur a été condamné à verser au demandeur pour la période courant du 23 novembre 2002 au 30 avril 2003. Le salaire AVS ainsi corrigé s'élève à 58'984 fr. 20 (75% de 78'645 fr. 60), soit une indemnité journalière de 161 fr. 60. En conséquence, le droit du demandeur qui s'étend du 1^{er} septembre 2003 au 31 août 2004 (dont un droit à 50% durant le mois d'août 2004), s'élève à 56'479 fr. 20 (soit 349,5 jours à 161 fr. 60). Ayant déjà versé la somme de 40'765 fr. 70, c'est un montant de 15'713 fr. 50 qu'elle s'engage à verser au demandeur. Elle relève que le recourant a acquiescé par écrit au versement en main d'ALLIANZ de la somme de 18'041 fr. de la part de la Caisse de compensation. Pour le surplus, elle persiste dans les conclusions de sa réponse.
14. Il résulte du dossier de l'OCAI, dont l'apport a été requis par le Tribunal de céans, qu'une expertise psychiatrique a été confiée au Dr C_____, spécialiste FMH en psychiatrie, dans le cadre de la procédure d'opposition, lequel a rendu son rapport le 7 novembre 2006. Ce médecin a repris et résumé les différents rapports rendus dans le cadre de ce dossier, notamment les expertises du Dr B_____ des 26 février et 23 juin 2004 et celle de la Dresse A_____ du 25 mai 2005. A l'issue d'un examen fouillé et d'observations cliniques complètes, le Dr C_____ a posé le diagnostic de dysthymie et a conclu qu'il ne voyait aucune raison qui aurait empêché la récupération sur le plan psychique déterminée par le Dr B_____, à savoir une capacité de 100% depuis septembre 2004.

15. Sur la base de cette expertise, l'OCAI a rejeté l'opposition formée par l'assuré en date du 26 février 2007.
16. Un délai au 16 avril 2007 a été imparti aux parties pour consulter le dossier de l'OCAI et faire part de leurs éventuelles observations à l'échéance duquel la cause a été gardée 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, et à l'assurance-accidents obligatoire prévue par la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981.

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. Le Tribunal des conflits a au demeurant expressément constaté la compétence du Tribunal de céans en matière d'assurance d'indemnités journalières soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA; ACOM/42/2006 du 13 juin 2006; ACOM/55/2005 du 26 août 2005). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La LCA a subi des modifications, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2006. Cependant, du point de vue temporel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits. Dès lors les dispositions de la LCA seront citées dans leur teneur en vigueur au moment des faits déterminants.

Le présent litige porte principalement d'une part, sur le droit du demandeur à des indemnités journalières de la part de la défenderesse jusqu'au 31 décembre 2004, droit que la défenderesse considère comme prescrit et, d'autre part, sur le montant des indemnités journalières.

Au préalable, il convient d'examiner la question de la prescription.

3. a) En application de l'art. 87 LCA, l'assuré doit saisir directement l'autorité judiciaire, par la voie d'une action judiciaire, dans les deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation qui dérive du contrat d'assurance (art. 46, al. 1, 1^{ère} phrase LCA), ce délai pouvant être interrompu selon les règles générales du droit privé. A teneur de l'art. 135 ch. 1 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO), applicable en vertu de l'art. 100 al. 1 LCA, la prescription est interrompue lorsque le débiteur reconnaît la dette. Cette reconnaissance est la manifestation par laquelle le débiteur exprime au créancier qu'il a conscience d'être tenu envers lui par une obligation juridique

déterminée. Si le débiteur n'articule pas de chiffre, la reconnaissance s'étend au montant qui s'avère dû au regard de l'obligation reconnue, mais s'il indique en revanche un montant déterminé, celui-ci constitue la limite supérieure de sa volonté de reconnaissance (ATFA non publié du 17 juin 2002 dans la cause 5C.41/2002 consid. 2.1).

b) Notre haute Cour, dans un arrêt du 23 janvier 2001 (ATF 127 III 268), a considéré qu'en matière d'indemnités journalières en cas de maladie, l'obligation d'indemniser de l'assureur était en principe déclenchée par l'existence d'une incapacité de travail due à la maladie attestée médicalement et l'écoulement du délai d'attente convenu. Partant, il a estimé que la prescription commençait à courir à partir de la réalisation de ces deux éléments et ce pour toutes les indemnités journalières échues pendant la durée de l'incapacité de travail.

c) Dans un arrêt du 26 avril 2005, ATAS/344/2005, le Tribunal de céans s'est écarté de la jurisprudence précitée en s'appuyant notamment sur un article de Jean-Benoît MEUWLY, paru in PJA 3/2003 p. 303 ss, et a jugé qu'il y avait lieu de fixer le dies a quo pour chaque jour de l'incapacité de travail attestée médicalement, mais au plus tôt après l'écoulement du délai d'attente contractuel. Chaque jour supplémentaire d'incapacité de travail fixe le dies a quo de la prescription de l'indemnité journalière subséquente et ainsi de suite jusqu'à la fin de la période d'incapacité, voire l'épuisement des indemnités journalières.

Cette jurisprudence doit être maintenue. Il y a en effet lieu de considérer que chaque jour d'incapacité de travail dû à la maladie constitue un fait autonome qui donne lieu au versement de la somme d'argent convenue par l'assureur si les conditions contractuelles sont remplies. Dans la mesure où les conditions doivent être réalisées pour chacune des indemnités journalières afin de déclencher la prestation correspondante, elles connaissent toutes une prescription singulière, la réalisation de leurs conditions d'existence fixant de jour en jour leur dies a quo (op. cit. p. 312).

4. a) En l'espèce, selon le contrat d'assurance indemnité journalière conclu par l'ex-employeur du recourant, le personnel du service externe bénéficiait d'une couverture complète et percevait des indemnités journalières en cas de maladie couvrant le 100% du gain journalier après un délai d'attente de 30 jours et durant 700 jours.

Le recourant étant en incapacité de travail pour raison de maladie depuis le 6 mai 2003, le dies a quo de la prescription de la première indemnité journalière doit être fixé, compte tenu du délai d'attente de 30 jours, au 6 juin 2003. Chaque jour supplémentaire d'incapacité de travail constatée médicalement fixe le dies a quo de la prescription de l'indemnité journalière subséquente et ainsi de suite jusqu'à la fin de la période d'incapacité ou jusqu'à l'épuisement des indemnités journalières.

Partant, à défaut d'un acte interruptif de prescription, les indemnités journalières dues avant le 3 juillet 2004 étaient prescrites au moment de l'introduction de la demande en paiement devant le Tribunal de céans le 3 juillet 2006. Il convient donc d'examiner s'il y a eu un tel acte.

b) Le demandeur n'ayant introduit ni poursuite, ni action en justice relativement aux indemnités journalières maladie avant la présente procédure, il s'ensuit que seule une reconnaissance de dette par le débiteur peut avoir interrompu la prescription desdites indemnités. Il convient dès lors d'examiner si le décompte final du 17 septembre 2004 adressé par la défenderesse au demandeur constitue une reconnaissance de dette interruptive de la prescription au sens de l'art. 135 al. 1 CO.

En établissant le décompte final, la défenderesse a, à l'évidence, manifesté qu'elle reconnaissait devoir les montants y figurant au recourant. Le montant des indemnités journalières dues étant déterminé, il y a lieu de constater que celui-ci constitue la limite supérieure de sa volonté de reconnaissance conformément à la jurisprudence précitée (ATFA non publié du 17 juin 2002 dans la cause 5C.41/2002 consid. 2.1) et que l'interruption de la prescription ne vaut en principe que pour le montant indiqué dans le décompte du 17 septembre 2004. Or, la défenderesse a, dans ses écritures du 3 novembre 2006, accepté de tenir compte du solde de salaire que l'employeur a été condamné à verser par la Cour d'appel des prud'hommes et de corriger le salaire AVS et par voie de conséquence l'indemnité journalière. L'indemnité journalière ainsi corrigée s'élève à 161 fr. 60 et conduit à un solde de 15'713 fr. 50 en faveur du demandeur, montant que la défenderesse s'est engagée à lui verser. Cet engagement doit être considéré comme une renonciation de la défenderesse à se prévaloir de la prescription jusqu'à concurrence du montant de l'indemnité journalière reconnu. Il conviendra donc de prendre en considération cet élément dans le calcul du montant des indemnités journalières.

c) En revanche, les indemnités journalières dues à partir du 3 juillet 2004 n'étant pas prescrites au moment de l'introduction de la présente procédure, tant le principe de leur versement que leur montant pourront être revus par le Tribunal de céans.

5. Il convient maintenant de déterminer d'une part, la capacité de travail du demandeur à partir du 1^{er} août 2004 et par voie de conséquence son droit à des indemnités journalières dès cette date et jusqu'au 31 décembre 2004 et, d'autre part, le montant de l'indemnité journalière. Il conviendra ensuite d'examiner la problématique de la surindemnisation.

Le présent litige est régi par le contrat d'assurance indemnité journalière pour entreprises qui prévoit pour le personnel du service externe le versement d'une indemnité journalière en cas de maladie couvrant le 100% du gain journalier après un délai d'attente de 30 jours et pendant 700 jours. Font partie intégrante du contrat, les conditions générales de l'assurance indemnité journalière pour entreprises

(CGA), édition 1996, ainsi que par les conditions complémentaires pour l'indemnité journalière de maladie (CCA), édition 2000. Aux termes des CGA ainsi que des CCA, l'assuré a droit à des indemnités journalières en cas d'incapacité de travail par suite d'une maladie ou d'une infirmité ayant pour conséquence une perte de gain (art. 1 CGA et 1 CCA).

Selon l'art. 2 CGA, est réputée maladie toute atteinte involontaire à la santé qui requiert un traitement médical et qui n'est pas la conséquence d'un accident ou des suites d'un accident. L'indemnité journalière se calcule en fonction du degré de l'incapacité de travail attesté médicalement. En cas d'incapacité de travail complète de l'assuré attestée médicalement, l'indemnité journalière convenue dans la police est versée. En cas d'incapacité partielle de travail d'au moins 25%, l'indemnité journalière est versée proportionnellement au degré de l'incapacité de travail (art. 11 et 12 CGA et 4 CCA).

6. a) La plupart des éventualités assurées (par exemple la maladie, l'accident, l'incapacité de travail, l'invalidité, l'atteinte à l'intégrité physique ou mentale) supposent l'instruction de faits d'ordre médical. Or, pour pouvoir établir le droit de l'assuré à des prestations, l'administration ou le juge ont besoin de documents que le médecin doit leur fournir. L'appréciation des données médicales revêt ainsi une importance d'autant plus grande dans ce contexte. La tâche du médecin, précisée par la jurisprudence, consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. En outre, les données médicales constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore, raisonnablement, exiger de l'assuré (ATF 125 V 261 consid. 4, 115 V 134 consid. 2, 114 V 314 consid. 3c, 105 V 158 consid. 1).

b) En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant, c'est 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 du contexte médical soit claire et, enfin, que les conclusions de l'expert soient bien motivées (ATF 122 V 160 consid. 1c et les références). L'élément déterminant pour la valeur probante n'est en principe ni l'origine du moyen de preuve, ni sa désignation, sous la forme d'un rapport ou d'une expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 122 V 160 consid. 1c ; OMLIN, *die Invaliditätsbemessung in der obligatorischen Unfallversicherung* p. 297 et ss.; MORGER, *Unfallmedizinische Begutachtung in der SUVA*, in RSAS 32/1988 p. 332 et ss.).

c) S'agissant de la valeur probante des rapports établis par les médecins traitants, le juge peut et doit tenir compte du fait que, selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier. Ainsi, la jurisprudence accorde plus

de poids aux constatations faites par un spécialiste qu'à l'appréciation de l'incapacité de travail par le médecin de famille (ATF 125 V 353 consid. 3b/cc et les références, RJJ 1995, p. 44 ; RCC 1988 p. 504 consid. 2)

d) Dans un arrêt du 14 juin 1999 (ATF 125 V 351), le Tribunal fédéral des assurances (ci-après TFA) a précisé sa jurisprudence relative à l'appréciation des preuves notamment dans le domaine médical.

Ainsi, le juge ne s'écarte en principe pas sans motifs impératifs des conclusions d'une expertise médicale, la tâche de l'expert étant précisément de mettre ses connaissances spéciales à disposition pour clarifier les aspects médicaux d'un état de fait donné. Peut constituer une raison de s'écarter de l'expertise judiciaire le fait que celle-ci contient des contradictions, ou qu'une sur-expertise ordonnée par le tribunal en infirme les conclusions de manière convaincante. En outre, lorsque d'autres spécialistes émettent des opinions contraires aptes à mettre sérieusement en doute la pertinence des déductions de l'expert, on ne peut exclure, selon les cas, une interprétation divergente des conclusions de ce dernier par le juge ou, au besoin, une instruction complémentaire sous la forme d'une nouvelle expertise médicale.

7. a) En l'espèce, le demandeur soutient qu'il a droit à des indemnités journalières jusqu'au 31 décembre 2004 et se fonde pour cela sur la décision de l'OCAI du 27 avril 2006 qui a constaté que sa capacité de travail était nulle jusqu'au 30 septembre 2004 et lui a octroyé une rente jusqu'au 31 décembre 2004 en application de l'art. 88a al. 1 RAI. La défenderesse se fonde elle sur le rapport d'expertise psychiatrique du Dr B_____ du 26 février 2004 ainsi que sur son rapport d'expertise psychiatrique intermédiaire du 23 juin 2004.

b) A teneur des CGA et des CCA régissant le cas d'espèce, c'est bien l'incapacité de travail due à la maladie qui fonde le droit à l'indemnité journalière laquelle prend fin lorsque cesse l'incapacité de travail ou à l'échéance de la durée fixée dans la police d'assurance. Rien ne justifie une application analogique de l'art. 88a al. 1 RAI aux indemnités journalières régies par la LCA, comme le soutient le demandeur.

c) A titre préalable, il y a lieu de relever que le Tribunal fédéral a, dans l'arrêt rendu le 20 février 2007 dans le cadre de la procédure concernant le recours en matière d'assurance-accidents, considéré que le rapport du Dr B_____ du 26 février 2004 remplissait toutes les conditions auxquelles la jurisprudence soumet la valeur probante d'un tel document.

d) Le diagnostic posé par le Dr B_____ est celui de trouble anxieux et dépressif mixte, de syndrome douloureux persistant et exagérations symptomatiques pour des motifs non médicaux. La reprise du travail prévue initialement le 1^{er} avril 2004 à 20% avec augmentation progressive du taux d'activité a finalement été fixée, d'entente avec le médecin psychiatre traitant de

l'assuré, le Dr D_____, à 50% dès le 1^{er} août 2004 et à 100% dès le 1^{er} septembre 2004. Le certificat médical établi par le psychiatre traitant en date du 20 septembre 2004 qui prévoit la reprise à 50% dès le 4 octobre 2004 et à 100% dès le 1^{er} novembre 2004 n'est pas motivé et ne contient aucun élément médical pertinent justifiant que l'on s'écarte des conclusions de l'expert mis en œuvre par l'assurance. En outre, les conclusions du Dr B_____ sont corroborées par celles de l'expert mis en œuvre par l'OCAI dans le cadre de la procédure d'opposition, le Dr C_____. Celui-ci a posé le diagnostic de dysthymie et considéré que la capacité de travail sur le plan psychique avait pu être recouvrée totalement en septembre 2004 conformément à l'avis de son confrère. Le Dr C_____ a fait un historique médical complet du dossier, duquel il résulte que les constatations de la Dresse A_____ se basent principalement sur les évocations de l'assuré pour retenir un diagnostic d'épisode dépressif sévère sans symptôme psychotique. Les conclusions de celle-ci ne sont pas motivées et ne peuvent par conséquent pas avoir force probante. En revanche, le rapport du Dr C_____ se fonde sur une anamnèse complète et est très fouillé. Ses considérations sont motivées et convaincantes de sorte que l'on peut accorder une pleine valeur probante à son expertise comme à celle du Dr B_____. Il convient dès lors de s'en tenir à l'expertise de ceux-ci et de considérer que le demandeur avait droit aux indemnités journalières entières jusqu'au 31 juillet 2004, puis à une demi-indemnité journalière au mois d'août 2004 et qu'il a retrouvé une pleine capacité de travail dès le 1^{er} septembre 2004.

8. Il y a lieu maintenant de déterminer le montant de l'indemnité journalière.

a) En vertu de l'art. 32 CGA, les indemnités journalières sont calculées sur la base du dernier salaire AVS perçu avant l'incapacité de travail due à la maladie. Ce salaire est converti en gain annuel et divisé par 365. Si le gain est soumis à de fortes fluctuations, l'indemnité journalière est déterminée en divisant par 365 le salaire perçu pendant les 12 mois précédant la maladie (art. 33 CGA). Les CCA ont une teneur identique.

b) Aux termes de l'art. 5 al. 2 de la loi sur l'assurance-vieillesse est survivants du 20 décembre 1946 (LAVS), le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail.

c) Selon l'art. 9 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS), les frais généraux sont les dépenses résultant pour le salarié de l'exécution de ses travaux (al. 1). Ils peuvent être déduits du salaire déterminant s'il

est prouvé qu'ils s'élèvent à 10 % au moins du salaire versé; les frais décomptés séparément du salaire peuvent dans tous les cas être déduits (al. 3).

d) Les directives de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD) prévoient que, même en cas de remboursement forfaitaire, l'employeur et le salarié sont tenus d'établir l'existence et le montant des frais généraux remboursés forfaitairement (N° 3011.2 DSD).

S'agissant des frais généraux des voyageurs ayant qualité de travailleurs dépendants auxquels sont assimilés les conseillers en assurance, s'ils ne sont ni prouvés, ni rendus vraisemblables, on pourra alors généralement déduire un forfait se montant à 25% du salaire brut (N° 4034 DSD) (cf. également ATF non publié du 2 février 2006, U 437/2004 consid. 2.2).

9. In casu, selon le contrat de travail entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996, la rémunération du collaborateur comprenait : un salaire fixe de 1'100 fr., une indemnité pour frais de 1'200 fr., des commissions pour les acquisitions et les renouvellements d'affaire ainsi qu'une super commission. Il était par ailleurs prévu que le collaborateur reçoive une indemnité pour perte de commissions fixée par l'annexe 10 du contrat en cas d'incapacité de travail temporaire pour cause de maladie ou d'accident. Selon cette annexe, l'indemnité pour perte de commissions était basée sur la moyenne des commissions d'acquisition et de renouvellement, qui ont été versées au collaborateur pendant l'année civile complète précédente et est égale au 1/360^{ème} du total des commissions perçues. Selon l'annexe 11 du contrat, le collaborateur recevait en cas d'empêchement non fautif de travailler le revenu fixe, l'indemnité pour frais, l'indemnité pour perte de commissions, les commissions annuelles et les commissions de l'année courante. En cas de maladie, ces prestations étaient garanties, dès le 31^{ème} jour, par l'assurance indemnité journalière selon l'annexe 12. En date du 13 décembre 2002, le recourant et son ex-employeur ont conclu un nouveau contrat de travail prenant effet le 1^{er} janvier 2003 qui prévoyait un salaire fixe de 1'400 fr. par mois et une participation forfaitaire aux frais de 1'100 fr.

Il n'est toutefois ni établi, ni rendu vraisemblable que l'indemnité pour frais prévue par le contrat correspondait aux frais effectivement encourus. Au contraire, il ressort des pièces versées à la procédure que le salaire déterminant pour le paiement de la cotisation AVS a été fixé après déduction d'un montant correspondant à 25% du total des versements effectués par l'employeur. Il convient dès lors de déduire un montant de 25% du salaire brut - qui comprend l'indemnité pour frais - conformément à ce qui est prévu par les directives susmentionnées (N° 4034 DSD).

10. a) Le revenu du demandeur étant soumis à de fortes fluctuations, l'indemnité journalière doit être déterminée en divisant par 365 le salaire perçu - ou les

indemnités qui l'ont remplacé - pendant les 12 mois précédant la maladie (art. 33 CGA), soit en l'espèce du 1^{er} mai 2002 au 30 avril 2003.

b) Pour déterminer les gains à retenir, le Tribunal de céans s'appuiera sur les faits qui ont été établis dans le cadre de la procédure prud'hommale à l'issue d'une instruction complète, comportant la production de nombreuses pièces et l'audition de plusieurs témoins. Il fera siennes les constatations de ladite Cour d'appel vu le caractère définitif et exécutoire de son arrêt.

c) Ainsi, il y a lieu de retenir que le recourant a reçu du 1^{er} mai 2002 au 31 octobre 2002 un salaire fixe mensuel de 1'100 fr. et une indemnité pour frais mensuelle de 1'200 fr. auxquels il faut ajouter des commissions de 4'935 fr. 25 pour mai, 4'423 fr. 55 pour juin, 1'815 fr. 55 pour juillet, 1'552 fr. 65 pour août, 2'151 fr. 45 pour septembre et 8'322 fr. 65 pour octobre. Pour le mois de novembre, il sied de tenir compte que les indemnités journalières se sont substituées au salaire dès le 23. Le salaire de novembre, indemnité et commission incluses, s'est dès lors élevé à 6'899 fr. 35 (22/30 de 7'108 fr. 20 + 2'300 fr.). Le salaire perçu pour la période du 1^{er} mai au 22 novembre 2002 s'est ainsi élevé au total à 43'900 fr. 45. En 2002, le demandeur avait droit à une commission "véhicule à moteur" annuelle de 9'429 fr. 25, soit un montant de 5'288 fr. 25 pour la période en cause (6,73 mois) qui, ajouté aux 43'900 fr. 45, nous donne un montant total de 49'188 fr. 70.

Pour la période allant du 23 novembre 2002 au 30 avril 2003 - pendant laquelle le demandeur présentait une incapacité totale pour accident - il sied de se fonder sur les montants retenus par la Cour d'appel des prud'hommes. Ainsi, il convient de retenir pour la période du 23 novembre 2002 au 6 avril 2003, un montant de 29'281 fr. 50 (135 x 216 fr. 90), et 5'701 fr. 20 (24 x 237 fr. 55) pour la période du 7 au 30 avril 2003, soit au total un revenu de 34'982 fr. 70.

Le salaire AVS de la période à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité journalière s'élève donc à 63'128 fr. 55 (75% de 84'171 fr. 40, soit 49'188 fr. 70 + 34'982 fr. 70). Divisé par 365, on arrive à une indemnité journalière de 172 fr. 95.

Il sied de rappeler que le demandeur a droit à des indemnités journalières entières du 1^{er} septembre 2003 au 31 juillet 2004 et à une demi-indemnité au mois d'août 2004, soit au total à 349,5 indemnités journalières.

Les indemnités dues jusqu'au 2 juillet 2004 sont - rappelons-le - limitées au montant reconnu de 161 fr. 60 conformément aux considérants ci-dessus, soit au total de 49'288 fr. (305 x 161 fr. 60), auquel il faut ajouter 7'696 fr. 30 (44,5 x 172 fr. 95). De la somme totale de 56'984 fr. 30, il convient de déduire le montant de 40'769 fr. 20 (349 x 116 fr. 64) versé pour la période en cause. C'est donc un montant de 16'215 fr. 10 que la défenderesse doit encore au demandeur. Il convient

de relever à cet égard que la défenderesse a reconnu, dans le cadre de la présente procédure, devoir encore au demandeur un montant de 15'713 fr. 50.

11. Enfin, il sied d'examiner si la compensation d'un montant de 18'041 fr. sur les paiements rétroactifs dus par l'OCAI était justifiée, soit en d'autres termes s'il existait une surindemnisation.

Le TFA a jugé que selon la jurisprudence constante, il n'existe pas, dans le domaine des assurances sociales régi par le droit fédéral, de principe général interdisant la surindemnisation. Autrement dit, en l'absence de règle spéciale de coordination, les prestations de plusieurs assurances sociales peuvent être cumulées (ATF 126 V 68 consid. 4c, 123 V 95 consid. 4b, 113 V 148 consid. 7c ; SZS 1998 p. 67 consid. II.2/c et les références; ATF 128 V 243). Une telle règle fait l'objet depuis le 1^{er} janvier 2003 de l'art. 69 LPG. S'agissant d'une assurance privée, les dispositions contractuelles, dont les CGA, sont applicables (ATF 122 III 118) pour pouvoir prendre en compte une éventuelle surindemnisation ; une disposition spéciale de coordination est donc nécessaire (ATAS/1049/2004 du 13 décembre 2004).

En l'espèce, les CGA prévoient des règles de coordination aux art. 24, 25 et 26 selon lesquels "si l'assuré perçoit pour la maladie une prestation des assurances étatiques, celle-ci est complétée à la fin du délai d'attente, jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière assurée". Si l'indemnité journalière est versée avant que le droit à la rente ne soit établi, l'assurance peut, au moment de la naissance du droit à la rente, exiger le remboursement de l'excédent de prestation alloué. L'art. 6 CCA règle également les cas de surindemnisation et prévoit notamment que "les prestations déjà versées par la Compagnie constituent une avance dans la mesure où, ajoutées à celles d'assurances sociales (...) elles dépassent la perte de gain assurée. Jusqu'à concurrence de cette avance sur les prestations, la Compagnie peut exiger que les prestations allouées rétroactivement par les autres assurances lui soient directement versées.

En l'occurrence, la compensation opérée, à laquelle le demandeur a d'ailleurs souscrit, était justifiée. Le montant, au demeurant non contesté, sera donc confirmé.

12. S'agissant des intérêts moratoires, les CGA ne prévoient rien. Toutefois, selon l'art. 41 al. 1 LCA, 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. A teneur de l'art. 104 CO, applicable par renvoi de l'art. 100 LCA, le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5 pour cent l'an.

Le débiteur d'une obligation est en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO); lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce

jour (art. 102 al. 2 CO). L'intérêt moratoire - de 5 % l'an (art. 104 al. 1 CO) - est dû à partir du jour suivant celui où le débiteur a reçu l'interpellation (ATF 103 II 102 consid. 1a) ou, en cas d'ouverture d'une action en justice, dès le lendemain du jour où la demande en justice a été notifiée au débiteur (ATF 98 II 23 consid. 7 p. 33; THEVENOZ, in Commentaire romand du Code des obligations I, n° 9 ad art. 104 CO).

En l'espèce, ce n'est pas l'indemnité journalière en tant que telle qui était litigieuse mais le montant de celle-ci. Le demandeur a, par l'intermédiaire de son avocat, mis en demeure la défenderesse de verser des indemnités journalières d'un montant de 161 fr. 60 par courrier du 4 octobre 2004. La défenderesse sera par conséquent condamnée à verser le montant de 16'215 fr.10 avec 5% d'intérêts dès le 6 octobre 2004.

13. Au vu de ce qui précède, il convient de constater que la demande doit être partiellement admise.
14. Le demandeur obtenant partiellement gain de cause aura droit à des dépens, fixés à 1'000 fr.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Condamne la défenderesse à verser au demandeur la somme de 16'215 fr.10 avec 5% d'intérêts dès le 6 octobre 2004.
4. Condamne la défenderesse à verser au demandeur une indemnité de 1'000 fr. à titre de dépens.
5. 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, 1000 LAUSANNE 14, conformément aux articles 72 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'article 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 :

Sylvie CHAMOUX

Juliana BALDE

La greffière-juriste : Catherine VERNIER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral de la santé publique par le greffe le