

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 9 décembre 2009

Présidence de Mme DI FERRO DEMIERRE
Juges : Mme Thalmann et Mme Rossier, assesseur
Greffier : M. Simon

Cause pendante entre :

G. _____, à Echallens, demandeur, représenté par Me Laurent Savoy,
avocat à Lausanne

et

A. _____, à Winterthur, défenderesse, représentée par Me Jean-Michel
Duc, avocat à Lausanne.

Art. 61 et 100 al. 1 LCA; art. 102 et 104 al. 1 CO

E n f a i t :

A. A la suite de la fusion de V. _____ avec P. _____, G. _____ (ci-après: le demandeur), ainsi que ses supérieurs hiérarchiques, ont été l'objet de différents plans de compression de personnel. En mars 2007, le demandeur a dû accepter d'occuper un autre poste avec des fonctions s'étendant à tout le territoire national. Le 29 octobre 2007, il a été convoqué par la direction et, selon lui, on lui aurait alors proposé de le licencier pour pouvoir le réengager sur un autre poste. Il aurait alors reçu une lettre de licenciement, mais aucun poste n'était prévu pour son réengagement. Il a donc été licencié avec effet au 31 janvier 2008. En raison de la maladie du demandeur, ce contrat a pris fin le 30 avril 2008. Préalablement à cette fin de contrat, le demandeur a été en arrêt maladie, à partir du 30 octobre 2007. Cette incapacité de travail a continué après la fin des rapports de travail.

Dans le cadre de son contrat de travail auprès de son ancien employeur, le demandeur était assuré en cas d'incapacité de gain en raison de la maladie auprès de A. _____ (ci-après: la défenderesse), anciennement la B. _____. Cela résulte d'un contrat d'assurance maladie collective entre son employeur et la défenderesse et des Conditions générales d'assurance ainsi que des Conditions complémentaires d'assurance (édition 07.2003) relatives à l'assurance d'une indemnité journalière en cas de maladie pour le personnel.

Dans un rapport de détection précoce du 8 mai 2008 établi par le Dr R. _____, médecin traitant du demandeur, à l'attention de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud, il est indiqué une incapacité de travail à 100 % depuis le 30 octobre 2007. Sous cause de l'incapacité de travail, il est noté : "état anxio-dépressif depuis mai 2007 environ et en relation avec une fusion de l'entreprise avec laquelle il travaillait, il s'est senti petit à petit mis de côté et a développé des difficultés de concentration, des insomnies et diverses somatisations". Dans l'anamnèse, ce médecin relève l'apparition progressive de difficultés

de concentration avec une perte de confiance totale en lui-même, liée à des promesses non tenues sur le plan professionnel de l'entreprise. Les troubles actuels sont des troubles de la concentration, état anxieux, trouble du sommeil, diverses somatisations, état de tristesse, fatigue et impossibilité à gérer son travail. Tant qu'il existera une perspective de licenciement ou de modifications du contrat de l'entreprise, le pronostic est très défavorable. Le traitement consiste en une psychothérapie de soutien et un traitement médicamenteux (Relaxane), l'état du patient ne nécessitant pas de traitement d'anti-dépresseurs pour le moment. Dans une autre entreprise, une activité similaire pourrait être envisagée.

Un mandat d'expertise a été confié au Dr S._____, psychiatre-psychothérapeute FMH aux HUG. Dans son rapport du 10 juin 2008, ce praticien a retenu le diagnostic de trouble de l'adaptation avec perturbation des émotions. Il a également relevé ce qui suit:

"L'expertisé a beaucoup de mal à exprimer ses plaintes. Il met en avant des douleurs du dos ainsi que d'un genou. Il exprime également un sentiment de fatigue et de lassitude et évoque, à mots couverts, des idées de mort et de suicide".

Dans la partie discussion de son expertise, le Dr S._____ a ajouté ce qui suit, s'agissant de la capacité de travail actuelle et future ainsi que du pronostic et des propositions de traitements:

"L'expertisé vit son licenciement comme une blessure narcissique majeure. Il considère que son employeur a été malhonnête vis-à-vis de lui et il présente, depuis son licenciement, des troubles réactionnels sous la forme d'une angoisse importante, une instabilité émotionnelle, des troubles cognitifs, des sentiments de colère mal contrôlés, avec idées de mort vis-à-vis de lui-même ou même d'autrui. Cet état est caractéristique d'un trouble de l'adaptation face à une situation de stress majeure.

Ni l'expertisé ni son médecin-traitant ne constatent d'amélioration actuellement. Je ne peux donc pas constater de rémission même partielle.

L'expertisé se trouve dans une situation professionnelle imprécise, ayant à la fois reçu une lettre de licenciement mais s'étant opposée à celle-ci par l'intermédiaire de son avocat, sans réponse de l'employeur. Dans cette situation, s'il devait reprendre le travail, l'expertisé serait incapable d'avoir une quelconque activité, tant à cause de ses troubles actuels que du fait de la confrontation avec

son ancien employeur. Il faut donc admettre une incapacité actuelle dans la profession actuelle de 100 %.

G._____ souhaite reprendre aussi vite que possible une activité. S'il pouvait retravailler dans un milieu non conflictuel, c'est-à-dire sans menace de licenciement et avec la reconnaissance de ses compétences, il serait apte, malgré sa symptomatologie actuelle, de retravailler à 50 %. Il recouvrerait, au bout de quelques semaines, une capacité totale de travail.

[Des mesures de réinsertion de l'AI] pourront être envisagées lorsque la situation conflictuelle avec l'employeur aura été réglée.

Il apparaît finalement assez clairement que la capacité de travail de l'expertisé est directement liée à sa situation par rapport à son dernier employeur. Une résolution rapide du conflit, soit par adaptation du poste de travail de G._____ soit par résolution du contrat de travail est souhaitable.

Actuellement, l'expertisé ne bénéficie d'aucun traitement médicamenteux et la consultation mensuelle qu'il a avec son médecin-traitant ne peut pas être considérée comme une prise en charge psychothérapeutique. Pourtant, une approche médicamenteuse, dans un premier temps, légèrement sédatrice, soulagerait probablement l'expertisé et une prise en charge psychothérapeutique régulière lui serait, sans aucun doute, profitable. Ce traitement devrait être mis en place sans tarder.

Le pronostic dépendra en grande partie, de l'avenir professionnel de G._____. En raison de l'âge de l'expertisé et des incertitudes professionnelles, qui sont probablement amenées à se pérenniser, le pronostic est relativement réservé.

[...]

Dans une profession adaptée à l'handicap, c'est-à-dire, sans conflit avec l'employeur et en tenant compte des aptitudes professionnelles de l'expertisé, l'incapacité actuelle serait de 50 %. Elle serait de 0 % quelques semaines après une reprise d'activité.

Des mesures de réinsertion de l'AI seraient bénéfiques si l'expertisé devait s'adapter à une nouvelle profession. Actuellement, ces mesures ne sont pas compatibles avec l'état de santé de l'assuré.

Un traitement médicamenteux et une psychothérapie régulière devraient être mis en œuvre.

B. La défenderesse a écrit le 27 juin 2008 au demandeur pour lui signifier ce qui suit :

"Nous nous référons au cas de maladie [...] et plus particulièrement à l'examen médical auquel vous vous êtes soumis au cabinet de l'expert commis par nos soins, le Dr S._____ à Genève, le 09.06.2008.

De l'avis de ce dernier, il apparaît que votre incapacité est actuellement justifiée dans la profession actuelle. Néanmoins, dans une profession adaptée, c'est-à-dire sans conflit avec l'employeur, l'incapacité actuelle serait de 50 % avec reprise de vos activités professionnelles à 100 % dans quelques semaines.

Cependant, pour ne pas vous mettre dans une situation financière difficile, nous consentons à vous verser nos indemnités journalières à 100 % jusqu'au 31.07.2008, le temps pour vous de vous annoncer à l'assurance-chômage, à partir du 01.08.2008.

Aucune indemnité ne sera encore versée à partir du 01.08.2008. [...]".

En date du 4 juillet 2008, le Dr R. _____ a écrit ce qui suit au médecin conseil de la défenderesse:

"Le diagnostic retenu par l'expert est un trouble de l'adaptation avec perturbation des émotions mais il est mentionné, au point B dans les plaintes de l'expertisé, qu'il y a à mots couverts des idées de mort et de suicide.

Dans le long téléphone que j'ai eu avec l'expert, j'avais l'impression qu'il avait perçu le désarroi actuel de G. _____ sur le plan psychique avec des émotions à fleur de peau, des idées suicidaires latentes et un état dépressif important.

Même si je suis pleinement d'accord qu'un terme à la situation actuelle doit être envisagé, il me paraît néanmoins fortement dangereux de précipiter un tel terme à fin juillet, sans laisser à un patient dans une situation psychique aussi précaire, le temps de se retourner. Le terme qui est imposé, à peine un mois après l'entrevue psychiatrique, me paraît menacer l'équilibre psychique actuel de façon dangereuse et il me paraîtrait opportun de différer de trois mois au minimum les versements d'indemnités journalières. [...]".

En date du 29 juillet 2008, par l'intermédiaire de son conseil, le demandeur a écrit à la défenderesse, pour lui faire part de son désaccord avec le contenu de sa correspondance précitée du 27 juin 2008.

Le 27 août 2008, la défenderesse a confirmé par écrit au conseil du demandeur qu'elle maintenait ses lignes du 27 juin 2008, relevant que le médecin-conseil arrivait à la conclusion qu'une reprise d'une activité professionnelle était envisageable à 100% dès le 1^{er} août 2008. Elle s'est référée à un rapport du 14 août 2008 du Dr S. _____, selon lequel l'assuré ne présentait pas une symptomatologie et des plaintes pouvant permettre de poser le diagnostic de trouble dépressif;

ses menaces suicidaires qui étaient exprimées de façon très indirecte, étaient intégrées dans une expression de colère à l'égard de son ancien employeur; ce praticien a confirmé l'avis de reprise d'activité à partir du 1^{er} août 2008.

C. Par acte du 24 septembre 2008, le demandeur a conclu à ce que la société A._____ lui est débitrice d'une somme de 118'923 fr. 30 avec intérêt à 5% l'an dès le 10 mars 2009 (= intérêts moyens) et lui en doit immédiatement paiement. Le 6 janvier 2009, le demandeur a réduit ses conclusions en ce sens que la société défenderesse A._____ est débitrice du demandeur G._____ d'une somme de 31'957 fr. 90 avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2008 (intérêts moyens) et lui en doit immédiatement paiement. Cette réduction de conclusions est due au fait qu'il ressort d'un certificat médical du 31 octobre 2008 du Dr R._____ que l'assuré a retrouvé une pleine capacité de travail à partir du 1^{er} décembre 2008, date à laquelle il s'est inscrit à l'assurance-chômage.

Dans sa réponse du 19 janvier 2009, la défenderesse conclut au rejet de la demande dans la mesure où elle est recevable, avec suite de dépens. Les parties ont répliqué et dupliqué.

Une audience de conciliation et d'instruction a eu lieu le 2 juillet 2009. La conciliation a échoué, l'intimée reprochant au recourant d'avoir tardé à s'annoncer à l'assurance-chômage le 1^{er} décembre 2008.

Le dossier AI a été produit, de même que le dossier relatif au litige divisant le recourant d'avec son ancien employeur.

Le 3 novembre 2009, la société V._____ a confirmé que le montant de 22'496 fr. avait été versé au recourant à titre d'indemnité unique, car elle ne pouvait plus offrir un autre poste de travail dans leur entreprise et qu'il s'agissait d'un montant brut, duquel ont été déduites les charges sociales.

Une audience d'instruction complémentaire, de débats et de jugement a eu lieu le 9 décembre 2009, lors de laquelle les parties ont plaidé leur cause.

E n d r o i t :

1. Le contrat d'assurance dont il est question dans la présente cause n'est pas soumis à la LAMal (loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10). S'agissant d'une assurance complémentaire au sens de l'art. 12 al. 2 LAMal, il est régi par le droit des assurances privées, soit par la LCA (loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1) (art. 12 al. 3 LAMal).

Selon l'art. 1 DTAs-AM (décret du 20 mai 1996 relatif à l'attribution au Tribunal cantonal des assurances de la compétence du contentieux des assurances complémentaires à l'assurance-maladie, RSV 173.431), le présent litige relève de la compétence dudit tribunal, respectivement de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui lui a succédé à compter du 1^{er} janvier 2009.

S'agissant désormais d'un contentieux de droit privé et non plus de droit administratif, la procédure en cette matière est régie non plus par les dispositions relatives au recours administratif mais par l'art. 85 LSA (loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance, RS 961.01), qui s'applique aux contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal (TF 4A_253/2007 du 13 novembre 2007 consid. 4.2; ATF 124 III 44 consid. 2a), ainsi que par les art. 106 ss LPA-VD (loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 174.36) concernant l'action de droit administratif (CASSO, 28 avril 2009, AMC 27/03).

La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la cause, valablement introduite en la forme, ressortit à la compétence de la Cour

constituée de trois juges (art. 94 al. 1 LPA-VD a contrario, par renvoi de l'art. 107 LPA-VD).

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

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

b) Selon une jurisprudence constante rendue en matière d'assurances sociales, valable également en matière d'assurances complémentaires (TF 4A_253/2007 du 13 novembre 2007 consid. 4.2; TASS, 24 novembre 2008, AMC 1/07), le juge des assurances doit, de manière générale (notamment lorsqu'il doit déterminer si un cas d'assurance est réalisé), examiner tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (TF 9C_430/2009 du 27 novembre 2009 consid. 3.1; ATF 125 V 351 consid. 3a).

En matière d'assurances sociales (ATF 135 V 39, consid. 6.1), comme d'ailleurs en matière d'assurances privées (ATF 130 III 321), le juge fonde généralement sa décision sur des faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Aussi, lorsque ce même juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doit procéder d'office, est convaincu que certains faits présentent un degré de

vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu de chercher d'autres preuves ("appréciation anticipée des preuves" ; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2^e éd., p. 274 ; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zurich 1979, p. 321 ; ATF 130 II 425, consid. 2.1 ; 122 II 464, consid. 4a ; 122 III 219, consid. 3c ; 120 Ib 224, consid. 2b ; 119 V 335, consid. 3c et la référence).

3. a) De l'avis du Dr S._____, l'incapacité de travail est actuellement justifiée dans la profession actuelle du demandeur auprès de V._____. Néanmoins, dans une profession adaptée à son handicap, soit dans un milieu non conflictuel, c'est-à-dire sans menace de licenciement et avec la reconnaissance de ses compétences, son incapacité serait de 50% avec reprise de ses activités professionnelles à 100% dans quelques semaines (expertise du 10.06.2008). Dans son rapport du 14 août 2008, ce praticien a infirmé le diagnostic de trouble dépressif et a confirmé l'avis de reprise d'activité à partir du 1^{er} août 2008. Pour sa part, le Dr R._____ a attesté une incapacité de travail totale dès le 30 octobre 2007 (certificat médical du 30.10.2007), avant de préciser que celle-ci durait jusqu'au 30 novembre 2008 et que son patient faisait état d'une capacité de travail à 100% dès le 1^{er} décembre 2008 (certificat du 31.10.2008).

b) L'art. A8 des conditions générales d'assurances (ci-après: les CGA) prescrit qu'il y a incapacité de travail, lorsque, par suite de maladie, il ne peut être raisonnablement exigé de la personne assurée qu'elle exerce sa profession ou son activité actuelle. Toute activité dans une autre profession ou un autre domaine d'activité pouvant raisonnablement être exigée de la personne assurée est également prise en considération.

L'art. C10 des CGA renvoie expressément à la LCA en complément aux dispositions contractuelles.

L'art. 61 LCA dispose que 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 sur les mesures à prendre 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).

Dans des arrêts qui concernaient comme ici une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (ATF 127 III 106 consid. 4c non publié; TFA 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 Tribunal fédéral des assurances 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 (ATF 111 V 235 consid. 2a; 114 V 281 consid. 3a; voir aussi Vincent 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). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, 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; TFA K 14/99 du 7 février 2000, reproduit in RKUV 2000 KV 112 122, consid. 3a; RAMA 2000 KV 112 p. 122 consid. 3a p. 123 ; SJ 2000 II consid. 2b p. 440).

A la différence d'un changement de profession, qui permet à l'assuré de diminuer son dommage - car c'est bien le dommage subi par l'ayant droit qui est déterminant - en mettant à profit une capacité de travail qui n'existe plus dans sa profession actuelle, le fait de percevoir des prestations d'un tiers n'a pas pour effet de diminuer le dommage.

Celui qui, bénéficiant d'une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie ou d'accident selon la LCA, perçoit, en raison du même événement dommageable, des prestations d'un autre assureur, privé ou social, voire d'un tiers responsable, ne diminue pas son dommage. L'assureur ne saurait par conséquent invoquer l'obligation de diminuer le dommage selon l'art. 61 al. 1 LCA pour imposer à l'assuré de faire valoir les prétentions que celui-ci pourrait avoir contre un autre assureur, ou un tiers responsable, et pour réduire s'il y a lieu ses prestations en application de l'art. 61 al. 2 LCA (ATF 133 III 527 consid. 3.2.2).

Le fait que l'assuré dispose, à côté du droit à des indemnités journalières et en raison du même événement dommageable, de prétentions contre un autre assureur, privé ou social, ou contre un tiers responsable, soulève plutôt la question du cumul de prétentions, pouvant conduire à une surindemnisation (ATF 133 III 527 consid. 3.2.3; Jean-Louis Duc, Subrogation et surindemnisation en droit des assurances sociales, in Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée, 2005, p. 43 ss, 43-44; *le même*, L'assurance-invalidité, in Ulrich Meyer [éd.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, vol. XIV: Soziale Sicherheit, 2^e éd. 2007, p. 1371 ss, n. 361 p. 1540).

Lorsque le contrat d'assurance prévoit le versement à l'assuré d'une indemnité journalière forfaitaire - constituant ce que l'on désigne en langue allemande par l'expression *Taggeld* - qui ne suppose pas que l'assuré subisse une perte effective sur le plan économique, mais qui est versée en fonction du seul degré de l'incapacité de travail de l'assuré, il s'agit d'une assurance de sommes (ATF 133 III 527 consid. 3.2.4; TF 4C.83/1998 du 11 juin 1998, consid. 3d et les références citées, notamment Roland Brehm, L'assurance privée contre les accidents, 2001, n. 14 p. 42, n. 221 p. 126 et n. 376 p. 191 consid. 4).

Dans le cas d'une telle assurance de personnes conçue comme une assurance de sommes, l'assuré peut cumuler les prétentions en versement des indemnités journalières prévues par le contrat d'assurance avec d'autres prétentions en raison du même événement dommageable;

la prestation de l'assureur de sommes est due indépendamment du point de savoir si l'ayant droit reçoit des prestations de la part d'autres assureurs ou d'un tiers responsable; la surindemnisation de l'ayant droit est possible et, conformément à l'art. 96 LCA, les droits que l'ayant droit aurait contre des tiers en raison du sinistre ne passent pas à l'assureur (Christoph Graber, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basler Kommentar, 2001, n. 1 ad art. 72 LCA et n. 1 ad art. 96 LCA; Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3^e éd. 1995, p. 410; Brehm, op. cit., n. 376 p. 191; Jean-Louis Duc, Assurance sociale et assurance privée, p. 63). Les prestations versées par un assureur social ne peuvent pas être imputées sur les allocations journalières dues par l'assureur privé (Brehm, op. cit., n. 376 p. 191-192; Maurer, op. cit., p. 410), à moins, évidemment, que les conditions générales d'assurance ne prévoient exceptionnellement une telle imputation (Brehm, op. cit., n. 376 p. 191-192; ATF 133 III 527 consid. 3.2.5).

c) En l'espèce, il est constaté qu'aux termes de l'art. B1 des CGA applicables à l'assurance d'une indemnité journalière en cas de maladie, "[l]orsque, sur constatation du médecin, l'assuré est totalement dans l'incapacité de travailler, la B._____ paie l'indemnité journalière mentionnée dans la police" (ch. 1); "[e]n cas d'incapacité partielle de travail, l'indemnité journalière est fixée proportionnellement au degré de cette incapacité; elle est supprimée si l'incapacité de travail est inférieure à 25%" (ch. 2). Il apparaît ainsi clairement que le droit à une indemnité journalière n'est nullement subordonné à ce que l'assuré subisse une perte effective sur le plan économique, dès l'instant où un montant journalier forfaitaire est prévu en fonction du seul degré de l'incapacité de travail de l'assuré. On est donc en présence d'une assurance de sommes, dans le cadre de laquelle la prestation de l'assureur est due indépendamment du point de savoir si l'ayant droit reçoit des prestations de la part d'autres assureurs, sous réserve de dispositions particulières des conditions générales d'assurances sur ce point.

Il est ensuite constaté qu'aux termes de l'art. B4 des CGA, lorsque l'assuré a droit à des prestations servies par des assurances

sociales ou des assurances de l'entreprise ou par un tiers responsable, la B._____ complète ses prestations dans les limites de la prestation à sa charge jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière assurée (ch. 1); lorsque le droit à la rente d'une assurance sociale ou d'une assurance d'entreprise n'est pas encore établi, la B._____ paie l'indemnité journalière assurée en tant que prestation anticipée (ch. 2 1^{ère} phrase).

Au vu de ce qui précède, il ne saurait être déduit des CGA que la défenderesse est en droit d'imputer sur ses prestations celles auxquelles l'assuré peut prétendre de la part des assurances sociales, s'il n'annonce pas le cas à celles-ci. Force est de constater que les conditions générales d'assurance ne prévoient pas l'obligation pour l'assuré qui aurait droit à une rente d'une assurance sociale ou d'une assurance d'entreprise de solliciter cette rente, ni le droit pour l'assureur d'imputer sur ses propres prestations la rente hypothétique à laquelle l'assuré pourrait prétendre. Seul est prévu le droit pour l'assureur d'imputer sur les indemnités journalières assurées les rentes effectivement servies par une assurance sociale ou par une assurance d'entreprise. Il s'agit ainsi d'un droit qui est soumis à la condition que l'assuré perçoive une telle rente. Cela étant, comme la condition est réputée accomplie quand l'une des parties en a empêché l'avènement au mépris des règles de la bonne foi (art. 156 CO), on peut se demander si le demandeur s'est comporté de manière contraire à la bonne foi en ne s'inscrivant pas au chômage le 1^{er} août 2008. A cet égard, il ressort de l'art. 21 al. 4 LPGA, également applicable en matière d'assurance-maladie, qu'avant de réduire ou refuser temporairement ou définitivement des prestations si l'assuré se soustrait ou s'oppose, ou encore ne participe pas spontanément, dans les limites de ce qui peut être exigé de lui, à un traitement ou à une mesure de réinsertion professionnelle raisonnablement exigible et susceptible d'améliorer notablement sa capacité de travail ou d'offrir une nouvelle possibilité de gain, l'assureur doit lui avoir adressé une mise en demeure écrite l'avertissant des conséquences juridiques et lui impartissant un délai de réflexion convenable (TF 9C_546/2007 du 28 août 2008 consid. 7.2).

4. a) En l'occurrence, la période litigieuse s'étend désormais du 01.08.08 au 30.11.08, soit 4 mois. Comme le relève la jurisprudence (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1), l'assuré avait l'obligation de diminuer son dommage. La défenderesse n'a toutefois laissé aucun délai d'adaptation au demandeur pour retrouver un emploi (le médecin-conseil a attesté une capacité de travail complète depuis le 1^{er} août 2008 dans une activité adaptée et la défenderesse a cessé le versement de ses indemnités à la même date), ce qui est manifestement insuffisant au regard de la jurisprudence, qui considère un délai de trois à cinq mois comme adéquat (TF 9C_546/2007 du 28 août 2008 consid. 3.4 et la référence citée). Comme il a été rappelé ci-dessus, l'assuré n'avait pas l'obligation de s'annoncer à l'assurance-chômage pour diminuer son dommage. De plus, aucune mise en demeure écrite n'a été faite par la défenderesse. Le fait qu'il ne se soit annoncé qu'en décembre 2008 au moment où le médecin traitant a attesté une capacité de travail complète n'est par ailleurs pas contraire à la bonne foi et ne correspond pas à un délai déraisonnable.

A noter que si l'assuré s'était annoncé préalablement à l'assurance-chômage, il aurait probablement été déclaré inapte au placement. Au surplus, l'art. 70 al. 2 litt. b LPGA – versement prioritaire des prestations de l'assurance-chômage en cas de litige quant au débiteur des prestations d'assurances – ne s'applique pas aux prestations relevant d'un contrat d'assurance privée (TF 5C.246/2006 du 20 décembre 2006 consid.3.2), soit à l'assurance-maladie complémentaire.

b) L'employeur V. _____ se réfère, par courrier du 31 janvier 2008, au congé donné oralement et par écrit le 29 octobre 2007. Le délai de congé a été prolongé au 30 avril 2008 en raison de l'incapacité de travail de l'assuré. Une indemnité de 22'496 fr. a été versée avec le dernier salaire (montant versé avec le dernier salaire d'avril 2008).

La défenderesse soutient que le montant de 22'496 fr. a été versé, le 31 janvier 2008, par l'employeur à titre de salaire qui couvre également la période considérée par l'assurance. Elle rappelle que

l'assurance en question est une assurance de dommage qui couvre la perte de gain et que l'art. B4 des CGA prévoit que lorsque la personne assurée reçoit des prestations en espèces servies par des tiers responsables, la B. _____ complète ces prestations dans les limites de la prestation à sa charge jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière assurée.

Selon toute vraisemblance, il faut constater que le montant de 22'496 fr. versé par l'ancien employeur du demandeur a été versé à titre transactionnel pour mettre fin au litige de droit du travail et qu'il s'agit d'une indemnité unique versée en raison de la résiliation des rapports de travail. Il n'a pas d'influence sur les obligations de l'assureur perte de gain, comme l'a admis la défenderesse lors de l'audience de jugement. Par surabondance, il faut relever que si ce montant correspondait à un salaire, il ne couvrirait que deux/trois mois de salaire (salaire 9'700 fr. par mois + solde de vacances), soit les mois de mai à juillet 2008, mois pour lesquels la défenderesse a déjà versé des indemnités journalières et qui ne sont pas litigieux. Il faut surtout constater que l'art. 71 al. 2 des Conditions complémentaires d'assurance prévoit qu'en modification de l'art. B4 des CGA, les prestations servies par les assurances sociales et les assurances de l'entreprise ou par un tiers responsable ne sont pas déduites des prestations de cette assurance. En conséquence, l'éventuelle surindemnisation de l'ayant droit est possible (jurisprudence mentionnée ci-dessus).

c) La défenderesse fait valoir que le demandeur était apte au placement (art. 15 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage, RS 837.0]) dès le 1^{er} juillet 2008, en invoquant la jurisprudence selon laquelle, en cas de rapports médicaux contradictoires, l'inaptitude n'est pas réputée manifeste (TF 8C_749/2007 du 3 septembre 2008, cons. 5.4; TF C 77/01 du 8 février 2002). Sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 133 III 527 précité), elle soutient ensuite que le demandeur ne n'est pas annoncé à l'assurance-chômage, malgré le courrier de A. _____ du 27 juin 2008, de sorte que c'est à bon droit que le versement des indemnités journalières a cessé à fin juillet 2008.

En premier lieu, on peut se demander si les rapports médicaux sont à ce point contradictoires que l'aptitude au placement doit être admise dès le 1^{er} juillet 2008. Sur ce point, l'attitude de la défenderesse est pour le moins curieuse, dès lors qu'elle se prévaut des conclusions de l'expertise du Dr S. _____ (réponse du 19 janvier 2009, p.9), avant de relever que les rapports médicaux figurant au dossier sont contradictoires (procédé écrit du 9 décembre 2009, p. 5). Quoi qu'il en soit, cette question n'a pas besoin d'être tranchée. En effet, ainsi qu'on l'a vu plus haut, avant de réduire ou de mettre fin au versement des indemnités journalières, un assureur doit adresser à son assuré une mise en demeure écrite l'avertissant des conséquences juridiques et lui impartissant un délai de réflexion convenable pour lui permettre de solliciter des prestations de l'assurance-chômage (TF 9C_546/2007 du 28 août 2008 consid. 7.2). Or, en l'espèce, la défenderesse n'a pas accordé de délai à l'assuré ni ne lui a adressé de mise en demeure écrite. Enfin, il n'est pas démontré en l'occurrence (par le biais des CGA ou d'autres dispositions) que les prestations de l'assurance perte de gain en cas de maladie sont subsidiaires par rapport à celles d'autres assurances sociales. Admettre ce principe reviendrait du reste à vider la jurisprudence précitée de son contenu.

d) Il s'ensuit que des prestations sous forme d'indemnités journalières sont dues au demandeur jusqu'au 30 novembre 2008 ainsi qu'il le réclame, celui-ci ayant recouvré une pleine capacité de travail dès le 1^{er} décembre 2008 (certificat médical du Dr R. _____ du 31.10.2008).

Le demandeur présente depuis le 30 octobre 2007 une incapacité de travail complète. L'indemnité journalière est de 261 fr. 95. Les indemnités journalières sont prévues pour une durée maximale de 730 jours, moyennant un délai d'attente de 60 jours. A ce jour, la défenderesse a commencé à payer des indemnités journalières depuis le 29 décembre 2008, une fois le délai d'attente de 60 jours échu, cela jusqu'au 31 juillet 2008. Il y a donc lieu de condamner la défenderesse à poursuivre le versement des indemnités journalières jusqu'au 30 novembre 2008 (= 4

mois), ce qui revient à un montant de 31'957 fr. 90 (soit 122 indemnités à 261 fr. 95).

5. a) Régissant le contrat en cause, la LCA ne contient aucune disposition sur la demeure ou l'intérêt moratoire, de sorte que les art. 102 ss CO sont applicables (art. 100 al. 1^{er} LCA; TF 5C.177/2005 du 25 février 2006, consid. 1.1). Le débiteur d'une obligation exigible 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, qui s'élève à 5 % l'an (art. 104 al. 1 CO), est dû, dans le cas de la demeure par interpellation, à partir du jour suivant celui où le débiteur a reçu celle-ci (Thevenoz, in Commentaire romand du Code des obligations I, n. 9 ad art. 104 CO ; TF 5C.177/2005 du 25 février 2006, consid. 6.1).

b) En l'espèce, le contrat d'assurance ne fixe pas de terme comminatoire pour l'exécution ni ne réserve le droit de le fixer à l'une des parties (cf. art. 102 al. 2 CO). Dès lors, la défenderesse ne doit des intérêts moratoires au demandeur qu'à partir du moment où elle a été interpellée par celui-ci (art. 102 al. 1 CO). Pour qu'il y ait interpellation valable, il suffit que le créancier manifeste clairement de quelque manière - par écrit, verbalement ou par actes concluants - sa volonté de recevoir la prestation promise, sans indiquer les conséquences de la demeure (ATF 129 III 535 consid. 3.2).

Par courrier du 29 juillet 2008, le conseil du demandeur a formellement mis la défenderesse en demeure de s'acquitter de ses obligations contractuelles. Ce courrier, qui constitue une interpellation, a été reçu par la défenderesse. Le demandeur ayant droit aux indemnités journalières jusqu'au 1^{er} décembre 2008, il convient de fixer au 1^{er} octobre 2008 le dies a quo de l'intérêt moratoire, ainsi que le réclame le demandeur, ce qui correspond à l'échéance moyenne entre le 30 juillet

2008, lendemain de l'interpellation, et le 1^{er} décembre 2008 (Spahr, L'intérêt moratoire, conséquence de la demeure, in RVJ 1990 p. 372).

6. Le présent jugement est rendu sans frais, conformément à l'art. 85 al. 3 LSA. Le demandeur, qui obtient gain de cause avec le concours d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens (art. 55 LPA-VD, applicable par analogie selon l'art. 109 al. 1 LPA-VD). Ceux-ci sont fixés d'après l'importance et la complexité du litige, sans égard à la valeur litigieuse (application analogique de l'art. 7 du Tarif du 2 décembre 2008 des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales du 2 décembre 2008, RSV 173.36.5.2). En l'espèce, il y a lieu d'en fixer le montant à 2'000 fr., compte tenu d'un double échange d'écritures et de la tenue de deux audiences.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** La demande est admise.
- II.** La défenderesse A._____ est débitrice du demandeur G._____ de la somme de 31'957 fr. 90 (trente et un mille neuf cent cinquante-sept francs et nonante centimes), avec intérêt à 5 % (cinq pour cent) l'an dès le 1^{er} octobre 2008.
- III.** La défenderesse A._____ versera au demandeur G._____ la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.
- IV.** Il n'est pas perçu de frais.
- V.** Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Me Laurent Savoy, avocat à Lausanne (pour G. _____)
- Me Jean-Michel Duc, avocat à Lausanne (pour A. _____)

Il sera communiqué à:

- Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA)

par l'envoi de photocopies.

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

Le greffier :