

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Jugement du 30 novembre 2011

Présidence de Mme THALMANN
Juges : Mme Di Ferro Demierre et M. de Goumoëns, assesseur
Greffier : M. Tissot

* * * * *

Cause pendante entre :

D._____, à [...], demandeur, représenté par Me Alexandre Bernel, avocat à Lausanne.

et

O._____ **SA**, à [...] défenderesse, représentée par Me Jean-Michel Duc, avocat à Lausanne.

Art. 1 DATAs-AM; 1^{er} ss LCA

E n f a i t :

A. D. _____ (ci-après: l'assuré ou le demandeur), né le 29 septembre 1942, exploite comme indépendant un commerce en raison individuelle, consistant en l'achat, la vente, la réparation et l'entretien de machines de jardin à [...].

Le demandeur et O. _____ SA (ci-après: la défenderesse) ont conclu un contrat d'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie. Le 30 septembre 2005, le demandeur a reçu la police numéro [...] remplaçant la police portant le même numéro et contractée en décembre 1997. La modification est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

Cette police mentionne en page 3 que le salaire annuel assuré s'élève à 60'000 fr. Elle indique en outre ce qui suit :

“Prestation assurée:
Indemnités journalières
en cas de maladie (CCA 70 et 71) 100 % du salaire assuré
- durée des prestations 730 jours moins le délai d'attente
pour les assurés en âge de toucher
la rente AVS, se reporter à l'art. B3
alinéa 6 des CGA
- délai d'attente 30 jours
- taux de prime 4.04%”

Elle mentionne en outre que les conditions générales d'assurance (ci-après : CGA), édition juillet 2003, ainsi que les conditions complémentaires (ci-après : CCA), édition juillet 2003, constituent les bases du contrat, dont les art. 70 et 71 CCA. L'art. 70 al. 5 CCA mentionne ce qui suit :

“En modification de l'article B3, alinéa 6, des CGA, la prestation servie à l'âge de la retraite AVS n'est pas limitée par la durée de l'obligation légale, incombant à l'employeur, de verser le salaire.”

L'art. B3 des CGA prévoit ce qui suit :

"1 O. _____ SA paie l'indemnité journalière pour chaque maladie à l'expiration du délai d'attente convenu et, tout au plus, pendant la durée des prestations indiquée dans la police.

2 Les jours d'incapacité partielle de travail de 25% au moins sont comptés intégralement pour le calcul de la durée des prestations.

3 Si, au cours d'une maladie, une autre maladie se déclare, les jours du premier cas de maladie donnant droit aux prestations sont imputés sur la durée des prestations.

4 Si une nouvelle maladie se déclare après l'expiration de la durée des prestations, la couverture d'assurance est accordée pour ce cas à la seule condition que la personne assurée ait auparavant retrouvé sa capacité de travail entière ou partielle et seulement dans la mesure de l'incapacité de travail supplémentaire due à la nouvelle maladie.

5 Après l'expiration de la couverture d'assurance, O. _____ SA paie l'indemnité journalière pour les maladies survenues pendant la durée du contrat jusqu'à la date d'échéance convenue pour les prestations et, tout au plus, jusqu'au début d'une rente selon la LPP (Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25.6.1982) ou selon les institutions d'assurance étrangères correspondantes.

6 Dès que l'assuré est en âge de toucher la rente AVS, il n'a droit aux prestations qu'aussi longtemps que l'employeur est légalement tenu de payer le salaire, mais au maximum pendant 180 jours pour tous les cas d'assurance en cours et à venir, à moins que la durée des prestations indiquée dans la police ne soit atteinte auparavant. Le droit aux prestations s'éteint à l'âge de 70 ans révolus."

L'art. B4 al. 1 CGA mentionne ce qui suit :

"Prestations de tiers

1 Lorsque la personne assurée a droit à des prestations en espèces servies par l'assurance invalidité (LAI) par l'assurance-accidents (LAA), par l'assurance militaire (LAM), par la prévoyance professionnelle, par des assurances étrangères correspondantes ou par un tiers responsable, O. _____ SA complète ces prestations dans les limites de la prestation à sa charge jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière assurée. Les rentes de vieillesse ou de survivants ne sont pas prises en considération."

La défenderesse a versé au demandeur des indemnités journalières du 6 septembre 2005 au 17 octobre 2006, puis du 27 novembre 2006 au 15 septembre 2007, soit pendant 700 jours. Selon un courrier du 8 mai 2007 de la défenderesse, l'indemnité assurée s'élevait à 164 fr. 38 par jour.

B. Dans un rapport du 31 août 2005, le Dr G._____, spécialiste en chirurgie orthopédique, a diagnostiqué chez le demandeur une rupture partielle du sus-épineux droit et une gonarthrose en varus à gauche, de même qu'une gonarthrose et une lésion méniscale à droite. Il relevait que, depuis plusieurs mois, le demandeur subissait une augmentation de douleurs à l'épaule et aux genoux, alors plus particulièrement au genou droit. Comme traitement, il mentionnait une infiltration à l'épaule et de la physiothérapie, ainsi qu'une arthroscopie du genou droit prévue le 12 septembre 2005 à la clinique M._____. Le médecin estimait l'incapacité de travail comme étant totale, cela depuis le 7 août 2005. Le 21 septembre 2005, ce praticien a diagnostiqué un début de gonarthrose avec lésion méniscale et synovite, une probable rupture partielle du sus-épineux à l'épaule gauche et un épanchement récidivant aux genoux. Il mentionnait un status après arthroscopie et faisait état de crises aiguës douloureuses avec épanchements. A la question "l'affection actuelle est-elle influencée par des lésions, infirmités ou maladies antérieures?", il indiquait "non (arthrose)". Ce médecin constatait une incapacité de travail toujours totale. Le 2 décembre 2005, il a mentionné une gonarthrose bilatérale, des épanchements importants et douloureux sans mise en évidence de maladie rhumatismale, et a indiqué qu'une arthroscopie du genou gauche était prévue, l'incapacité de travail étant toujours totale. Le 13 février 2006, il a diagnostiqué une gonarthrose bilatérale avec épanchements douloureux récidivants, sans avoir pu mettre en évidence une affection rhumatologique certaine. Il mentionnait une évolution très lente, vu l'atteinte pluriarticulaire, et estimait que le demandeur pourrait reprendre son travail à 50% dès le 1^{er} février 2006. Le 1^{er} mai 2006, le Dr G._____ a diagnostiqué une gonarthrose bilatérale avec synovites récidivantes, dont un impingement et une probable rupture de la coiffe de l'épaule droite. Il indiquait que les épanchements récidivaient au moindre effort et qu'il s'agissait d'un modèle arthrosique, le traitement consistant en la prise d'AINS (anti-inflammatoires non stéroïdiens) et en des infiltrations. Il indiquait une évolution lente, mais en gros favorable, le patient tentant aussi de s'adapter, l'incapacité de travail étant de 50% dès le 1^{er} février 2006. Le 8 août 2006, ce praticien a diagnostiqué des synovites récidivantes des deux genoux et un début de gonarthrose,

l'évolution probable vers une gonarthrose semblant alors plus ou moins favorable, et le taux d'incapacité de travail étant de 25% dès le 15 juin 2006. Le 10 octobre 2006, le Dr G._____ a diagnostiqué des synovites récidivantes et une évolution vers une gonarthrose, le traitement consistant en la prise d'AINS selon besoin. Aucune nouvelle consultation n'était fixée : le médecin prévoyait le retour à une capacité de travail complète dès le 16 octobre 2006.

Le 21 décembre 2006, la Dresse P._____, médecin assistante, a diagnostiqué chez l'assuré une probable tendinite des fléchisseurs ulnaire et radial du carpe droit et un conflit radio-carpien droit. L'incapacité de travail était de 100% dès le 27 novembre 2006.

Le 15 mars 2007, le Dr N._____, spécialiste en rhumatologie, a diagnostiqué chez le demandeur une polyarthrite érosive d'allure rhumatoïde hautement probable. Il mentionnait en outre ce qui suit :

“Il [l'assuré] se plaint depuis l'été 2006 d'arthralgies ayant débuté aux épaules et bénéficié d'infiltrations à 2 ou 3 reprises notamment à gauche puis à droite. Les symptômes douloureux reprenaient après quelques semaines. En novembre 2006 il faisait état de douleurs plus importantes au niveau de la main droite pour laquelle il a reçu du [...] et du [...], il avait tout le temps mal et compensait avec la main gauche.

La situation a empiré au niveau de la main droite depuis le début de l'année 2007 avec une extension au niveau du coude droit, des genoux et des pieds où il constate parfois une tuméfaction des doigts en forme de saucisse.

A noter l'absence d'atteinte cutanée ou muqueuse habituellement associée à des rhumatismes de nature inflammatoire.

Antécédents personnels :

Il a été opéré de la cloison nasale à l'âge de 20 ans et fait des crises épileptiques dans les suites opératoires, il prend actuellement de la [...] chrono 500 1 cp matin midi et soir. Il est suivi par le Dr F._____ depuis une dizaine d'années.

Il a été opéré d'un cancer de la vessie il y a 8 ans par le Dr B._____. Interruption d'un tabagisme il y a 9 ans. Pas d'allergie connue.

Son père a souffert d'un Parkinson et sa mère est toujours vivante, elle a [...] ans. Il est père de 2 enfants en bonne santé, une de ses soeurs a de la peine à marcher.

Au plan ostéo-articulaire je relève une arthroscopie des 2 genoux datant de plus d'un an, on lui a nettoyé de l'arthrose et enlevé un ménisque à 4 mois d'intervalle.

A l'examen clinique je note un patient dont l'état général est satisfaisant. Poids [...] kg taille [...] cm. Examen neurologique SP, artères périphériques symétriquement palpées.

J'ai noté une limitation douloureuse de l'épaule gauche, des 2 poignets et des métacarpo-phalangiennes. Synovite au niveau des métacarpo-phalangiennes 2 à 5 des 2 côtés, distance pulpe-paume de 1 cm au niveau de tous les doigts de la main droite à l'exception du pouce. Pulpe-paume de 0 cm à gauche. Gänslén positif à hauteur des 2 poignets. Présence d'un nodule au niveau du 3^{ème} doigt de la main droite vraisemblablement post-traumatique, nodule d'Heberden au niveau du 4^{ème} rayon de la main droite. Douleur à la mobilisation des rotules avec palpation douloureuse au niveau du compartiment interne, épaissement synovial bilatéral mais sans épanchement.

Légère tuméfaction des doigts des 2 pieds avec Gänslén légèrement positif au niveau de[s] 2 pieds.

Tinel absent, sacro-iliaques indolores. Pas de douleurs à la palpation des tendons d'Achille ou des trochanter.

Pas de limitation douloureuse significative des hanches ou des chevilles.

Examen para-clinique :

IRM du poignet droit avec arthrographie en date du 13.02.07 : déchirure du ligament luno-triquétral, déchirure de la partie centrale du TFCC. Aspect cicatriciel du ligament scafo-lunaire dans son versant dorsal. Erosions multiples radio-cubitales distales ainsi que les os du carpe. Signes de synovite diffuse. Oedème médullaire carpo-métacarpien.

Radiographie des pieds du 14.03.07 : Erosions multiples principalement au niveau tarso-métatarsien.

Appréciation :

Monsieur D._____ souffre d'une arthropathie touchant principalement les mains et les pieds donc l'étiologie inflammatoire est hautement probable. Les arguments sont l'horaire douloureux avec un réveil nocturne, une raideur matinale, et une tuméfaction synovitique touchant le carpe des 2 côtés surtout à droite mais également les métacarpophalangiennes et des interphalangiennes proximales. L'atteinte des pieds est également présente et suggestive. Au plan radiologique il y a des érosions osseuses et une étiologie rhumatoïde est compatible.

J'ai procédé à un bilan biologique à la recherche d'anticorps anti CCP [antipeptide citrique citrulliné] permettant de mieux caractériser l'activité de la maladie, ils sont positifs. Je lui ai prescrit 7,5 mg de [...]j en attendant d'introduire un traitement de fond compatible d'une part avec l'épilepsie et d'autre part l'anamnèse d'un cancer vésical."

Le 27 juillet 2007, le Dr N. _____ a mentionné une incapacité de travail de "100% voir avec W. _____", de 80% dès le 1^{er} mai 2007, de 70% dès le 1^{er} juin 2007 et enfin de 60% dès le 1^{er} juillet 2007.

Dans un courrier du 16 août 2007 adressé au Dr C. _____, spécialiste en médecine interne générale et médecin conseil de la défenderesse, le Dr N. _____ a exposé ce qui suit :

"Le diagnostic de polyarthrite rhumatoïde érosive et non nodulaire avec une ascension des Ac anti CCP à 307.0 (14.03.07), traduisant une activité significative de la maladie inflammatoire est posé en mars 2007.

J'ai rempli un certificat médical en date du 27.07.07. Il est stipulé que le début de l'incapacité de travail remonterait au 07.08.05, ce qui est inexact. Pour ma part, j'ai attesté une incapacité de travail à 80% du 01.05 jusqu'au 01.06.07, à 70% du 01.06 au 01.07.07 et à 60% à partir de cette date.

Le traitement actuel comporte du [...], des anti-inflammatoires non-stéroïdiens et une corticothérapie. Lorsque j'ai réinterrogé le patient sur son incapacité de travail, elle remonterait à la fin du mois de décembre 2006 et une incapacité de travail a été octroyée en août 2005 pour un problème de genoux, opérés par le Dr G. _____.

Il m'affirme qu'il y a plus d'une année d'intervalle entre les deux interruptions de sa capacité professionnelle et qu'il n'avait pas connaissance, à ce moment-là, d'une pathologie rhumatismale de nature inflammatoire puisque les symptômes de cette dernière affection remontent au mois de décembre 2006. Il s'agissait vraisemblablement d'une pathologie ostéo-articulaire orthopédique puisqu'il était suivi par un médecin de cette spécialité.

Je ne comprends pas pourquoi le patient ne pourrait pas bénéficier de prestations dues à son incapacité de travail dès septembre 2007."

Par courrier du 28 août 2007, le Dr C. _____ a répondu ce qui suit :

"Vous indiquez qu'une polyarthrite rhumatoïde érosive a été posée en mars 2007, avec incapacité de travail à partir du 1^{er} mai dernier à 80% et à 60% dès le 1^{er} juillet écoulé.

En reprenant la lecture du dossier, l'incapacité de travail a été la suivante :

- 100% du 07.08 2005 au 31.01.2006
- 50% du 01.02.2006 au 14.06.2006
- 25% du 15.06.2006 au 16.10.2006
- 100% du 27.11.2006 au 30.04.2007
- 80% du 01.05.2007 au 01.06.2007
- 70% du 01.06.2007 au 01.07.2007
- 60 % à partir de cette dernière date.

Dans son premier certificat du 31 août 2005, le Dr G. _____ annonce que depuis plusieurs mois M. D. _____ se plaint de douleurs aux épaules et au genou. Des infiltrations aux épaules ont été faites et ce praticien a également proposé de la physiothérapie. Le 12 septembre 2005, il procède à une arthroscopie pour début de gonarthrose, avec lésion méniscale interne de la corne moyenne et postérieure, ainsi qu'une lésion méniscale externe. Il est noté cependant une synovite rouge abondante avec net épanchement. Il a été pratiqué à une toilette méniscale externe, à une résection partielle du ménisque interne et à une synovectomie.

Dans les suites opératoires, il parle de crises "aiguës et douloureuses avec épanchements récidivants". Le 2 décembre 2005, il diagnostique des épanchements récidivants articulaires multiples sans mise en évidence de maladie rhumatismale.

Le 13 février 2006, son certificat fait état d'une évolution très lente vu l'atteinte pluriarticulaire avec épanchements douloureux récidivants des genoux sans avoir pu mettre en évidence une affection rhumatologique certaine.

Le 1^{er} mai 2006, il mentionne la présence d'un impingement et d'une probable rupture de la coiffe de l'épaule droite avec épanchements récidivants au moindre effort.

Le 8 août 2006, il évoque également la présence de synovites récidivantes des deux genoux.

Quant à la Dresse P. _____, médecin assistante à W. _____, elle fait état de tendinite des fléchisseurs ulnaire et radial du carpe droit, faisant allusion à des douleurs au poignet apparues depuis 5 jours.

Ainsi, c'est sans étonnement que nous avons pris connaissance de votre diagnostic de polyarthrite rhumatoïde posé le 14 mars 2007 et expliquant vraisemblablement la nature non traumatique et non arthrosique à l'origine des traitements du Dr G. _____. Tout au long de l'évolution, depuis août 2005, ce praticien a été confronté à un problème essentiellement inflammatoire des genoux ainsi que des épaules du patient. Vous comprendrez dès lors que pour le non rhumatologue que je suis, il existe un continuum non seulement du point de vue de l'incapacité de travail, mais également de la nature de l'affection, raison pour laquelle il est considéré que l'incapacité de travail actuelle est à situer dans le cadre de l'affection qui a débuté le 7 août 2005."

Par courrier du 2 novembre 2007, le Dr N._____ a répondu ce qui suit :

"Je rappelle que le diagnostic de polyarthrite rhumatoïde érosive et non nodulaire a été posé le 14 mars 2007 par mes soins, le patient m'ayant été adressé par la Permanence de W._____.

Auparavant, il a été suivi par le Dr G._____ et son médecin traitant est la Dresse T._____.

Il n'a jamais été fait mention du diagnostic de polyarthrite rhumatoïde, en conséquence le patient n'a pas été traité de façon spécifique et que par-là, sa capacité de travail ne pouvait pas s'améliorer si l'on admet que les traitements prescrits ont permis au patient d'être subjectivement mieux en tout cas.

Du point de vue strictement médical, je pense que tant que le diagnostic n'a pas été établi de façon objective et que celui-ci n'a jamais été nommé, on peut dire a posteriori qu'il y avait une probabilité d'arthropathie inflammatoire mais ceci est une hypothèse et non pas un fait établi. Les médecins qui l'ont suivi soit le Dr G._____ et la Dresse T._____, s'ils avaient eu des arguments solides pour une affection inflammatoire évidente, l'auraient évidemment adressé à un spécialiste de ce genre d'affection.

En ce qui me concerne, je répète ce que j'avais déjà esquissé dans ma lettre du 16 août 2007 à savoir que ce patient doit pouvoir bénéficier de sa perte de gain dès septembre 2007 en raison d'une polyarthrite rhumatoïde et qu'auparavant si l'on peut suspecter ce diagnostic il n'a jamais été prouvé comme tel.

Ce patient a été traité par un orthopédiste qui a procédé à une arthroscopie pour début de gonarthrose avec lésion méniscale interne de la corne moyenne et postérieure ainsi qu'une lésion méniscale externe. Il a noté une synovite rouge abondante et pratiqué une toilette méniscale externe, une résection partielle du ménisque interne et une synovectomie. Dans les suites il parle de crises aiguës et douloureuses avec épanchement «récidivant». Le 2 décembre 2005, il diagnostique des épanchements récidivants articulaires multiples sans mise en évidence de maladie rhumatismale (citation de votre courrier du 28 août 2007).

Cette description à mon sens suffit pour justifier l'incapacité de travail actuelle et que ce qui a précédé relevait peut-être d'une polyarthrite mais rien n'est objectivé dans ce sens."

Dans un rapport du 10 décembre 2007, le Dr C._____ a exposé notamment ce qui suit:

"A l'origine de cette incapacité de travail le médecin traitant, le Dr G._____, orthopédiste, parle de l'apparition depuis plusieurs mois de douleurs en augmentation des épaules et des genoux,

actuellement surtout pour le genou droit. Il pose les diagnostics de rupture partielle du muscle sus-épineux droit, de gonarthrose en varus à gauche et de gonarthrose avec lésion méniscale à droite.

Le 12 septembre 2005, il procède à une arthroscopie pour résection méniscale interne, à une résection des plicae, à une toilette méniscale externe et à une synovectomie. En effet, il tombe sur une synovite rouge abondante avec net épanchement, laquelle est tout à fait suggestive d'une arthrite, dont l'origine n'est cependant pas diagnostiquée.

Les suites opératoires sont compliquées de crises aiguës douloureuses avec épanchements récidivants.

Le 13 février 2006, l'évolution est décrite comme très lente avec une atteinte pluriarticulaire. Il précise même qu'il existe un épanchement douloureux récidivant des genoux, sans avoir pu mettre en évidence une affection rhumatologique certaine.

Le 1^{er} mai 2006, il confirme son diagnostic en parlant d'épanchements récidivants au moindre effort, avec synovite récidivante des deux genoux et un début de gonarthrose.

Le 21 décembre 2006, nous apprenons par un certificat de la Permanence de W. _____ que M. D. _____ présente une tendinite des fléchisseurs ulnaire et radial du carpe droit avec un conflit radio-carpien droit.

Dans son rapport du 15 mars 2007, le Dr N. _____ pose le diagnostic de polyarthrite, érosive, d'allure rhumatoïde hautement probable. Il mentionne que les symptômes sont apparus depuis l'été 2006 sous forme d'arthralgies ayant débuté aux épaules et qui ont bénéficié d'infiltrations à 2 ou 3 reprises. Par la suite, en novembre 2006, il est fait état de douleurs au niveau de la main droite pour lesquelles il a consulté la Permanence de W. _____.

Il introduit un traitement de la polyarthrite rhumatoïde sous la forme de [...] et [...].

Dans son courrier du 2 novembre 2007, il précise que le diagnostic de polyarthrite rhumatoïde n'a été posé que le 14 mars passé. Il reconnaît lui-même que le patient n'ayant pas été traité de façon correcte, sa capacité ne pouvait pas s'améliorer. Autrement dit, il admet que l'incapacité de travail de 2005 est forcément en relation avec l'affection dont il s'occupe actuellement (puisque elle ne pouvait pas être améliorée sans traitement).

Il estime qu'a posteriori il y avait une probabilité d'arthropathie inflammatoire, même si ceci est une hypothèse et non un fait établi.

Appréciation

Il ne fait aucun doute, sans examen approfondi, que M. D. _____ présente une polyarthrite rhumatoïde expliquant l'atteinte pluriarticulaire, avec épanchements douloureux récidivants des genoux, des épaules et de la main. Ses médecins traitants de l'époque, en particulier le Dr G. _____, ont bien sûr suspecté une

atteinte rhumatismale, mais le bilan sérologique qu'ils ont effectué ne nous est pas connu. Certainement que s'ils avaient dosé les anticorps anti-CCP, ils auraient pu poser ce diagnostic bien avant. Nous sommes par ailleurs surpris, devant une clinique d'épanchements du genou récidivants sans notion traumatique, avec importante synovite rouge à l'arthroscopie, que l'orthopédiste n'ait pas demandé l'avis d'un rhumatologue. A première vue, les tendinites des fléchisseurs du poignet droit font évidemment songer à une téno-synovite dans le cadre d'une polyarthrite rhumatoïde. Il est surprenant que le Dr P._____ n'ait pas pensé à un tel diagnostic.

En effet, même pour le non rhumatologue que je suis, il est assez clair que M. D._____ présentait un épisode d'arthrite avec continuum, non seulement du point de vue de l'incapacité de travail, mais également de la nature de l'affection. Que cette dernière soit reconnue ou pas, qu'elle soit traitée ou non, ne change en rien cette appréciation.

Le Dr N._____ admet par ailleurs qu'il s'agit d'une arthropathie inflammatoire, probablement existante depuis 2005. Il souligne qu'il ne s'agit que d'une hypothèse et non d'un fait établi. On pourrait parler plus précisément d'un retard de diagnostic.

Une lecture attentive du courrier du Dr N._____ ne permet pas de relever un argument remettant en doute cette appréciation.

Ainsi, l'importante incapacité de travail présentée par M. D._____ à partir du 7 août 2005 n'est pas le fait d'une simple atteinte de ménisque ou d'une arthrose. Dès lors, après une intervention sur les ménisques, on peut s'attendre à une dizaine de jours d'arrêt de travail.

La longue durée d'incapacité de travail aboutissant finalement à un diagnostic de polyarthrite rhumatoïde laisse supposer qu'il n'est question que d'une seule maladie, à savoir une arthropathie inflammatoire s'exprimant à plusieurs niveaux articulaires. Par conséquent, il s'agit d'une seule affection."

Dans une lettre adressée au conseil du demandeur le 16 avril 2008, le Dr N._____ a écrit ce qui suit :

"Monsieur D._____ souffre d'une polyarthrite rhumatoïde qui par définition s'exprime à plusieurs niveaux articulaires, périphériques à savoir actuellement les mains et les pieds essentiellement. Il y a une anamnèse de lombalgies pouvant être rapportée à des troubles de la statique vertébrale ainsi qu'à des phénomènes dégénératifs radiologiquement confirmés mais qui ne relèvent pas à mon sens de la polyarthrite rhumatoïde. Il fait état d'une gêne fonctionnelle et douloureuse au niveau lombaire, intermittente à caractère mécanique. Dans la polyarthrite rhumatoïde, c'est surtout le rachis cervical qui est atteint.

Il ne s'agit donc pas d'une seule affection, il y a d'une part une atteinte inflammatoire comme je l'ai dit plus haut périphérique et enfin des phénomènes dégénératifs rachidiens principalement lombaires.

En ce qui concerne les genoux, il y a une description dans le rapport du Dr C. _____ à la fois comportant des éléments pour une pathologie inflammatoire d'origine indéterminée puisqu'il est décrit des synovites avec des épanchements mais l'on ne connaît pas l'histologie de la synovite qui peut-être présente en dehors d'une affection de type rhumatoïde ni du résultat d'analyse du liquide synovial qui peut faire clairement la différence entre une pathologie rhumatismale de nature inflammatoire ou mécanique.

M. D. _____ a été également suivi par le Dr T. _____ en août 2002 pour des lombalgies chroniques avec une exacerbation à ce moment-là sous la forme d'une accutisation des lombalgies et des sciatalgies D. Cette pathologie a motivé une restriction de sa capacité professionnelle.

Il s'avère, sur une IRM du 23.08.02, qu'il y a un canal étroit L5-S1 sévère d'origine mixte en L5-S1. Présence d'une image additionnelle paramédiane D en regard du plateau supérieur de S1 suggérant plus une tuméfaction de la racine S1 (due à la sténose L5-S1) qu'une hernie.

Actuellement, le patient est symptomatique de lombalgies principalement à l'effort et heureusement sans altération du status neurologique, du moins actuellement.

Pour revenir au problème du genou D, le Dr G. _____ a demandé une IRM le 12.08.05. Cet examen démontre une déchirure de la corne postérieure du ménisque interne avec extension à la surface articulaire près de la partie intermédiaire sans déplacement. Il y a une irrégularité de texture des surfaces cartilagineuses et amincissement de celles-ci dans les zones de charge, sans lésion de l'os sous-chondral. Discrète hyper-intensité de signal entourant le ligament latéral interne. On relève au compartiment, cette fois-ci tibio-fémoral externe, un amincissement des surfaces cartilagineuses sans lésion de l'os sous-chondral, amincissement cartilagineux au niveau fémoro-patellaire en regard de la pointe de la rotule témoignant d'une chondropathie rotulienne modérée sans lésion de l'os sous chondral. Epanchement du récessus sous-quadricipital se prolongeant dans le Hoffa et tuméfaction des parties molles pré-rotuliennes suspectes de bursite. Volumineux kyste poplité d'une taille de plus de 8cm de diamètre crânio-caudal, 3cm de diamètre transverse et 1cm de diamètre antéropostérieur.

Des séquences injectées n'ont pas démontré de prise de contraste majeure de la synoviale parlant en faveur d'un caractère peu actif de l'épanchement. On doit admettre qu'à ce moment-là la polyarthrite telle qu'elle a été définie par mes soins en 2007 n'était ni avérée ni documentée et que l'on ne peut affirmer qu'elle était à l'origine d'une incapacité de travail en 2005, mais qu'il s'agissait d'un problème à la fois dégénératif et sur déchirure méniscale. Il n'avait pas selon mon anamnèse de douleurs ni de tuméfaction des mains ou des pieds à ce moment-là.

Enfin, le Docteur C._____ souligne qu'on pourrait parler plus précisément d'un retard de diagnostic. A cet égard, ce n'est pas au patient de subir les conséquences d'un retard de diagnostic. De plus, dans la pratique médicale, on ne peut pas invoquer une obligation de diagnostic pour les médecins. Dans ce cas, le doute devrait profiter au patient."

Dans un courrier du 28 mai 2008, le conseil du demandeur a écrit ce qui suit :

"En substance, le Dr N._____ relève qu'il y a d'une part une atteinte inflammatoire et des phénomènes dégénératifs rachidiens principalement lombaires. Il décrit très bien les différentes atteintes subies par mon mandant, tout en relevant que la polyarthrite telle que définie par ses soins en 2007 n'était deux ans auparavant ni avérée, ni documentée. On ne saurait dès lors affirmer qu'elle était à l'origine d'une incapacité de travail en 2005. Par conséquent, mon mandant doit encore pouvoir bénéficier d'indemnités journalières à partir du 15 septembre 2007.

Mon client m'a d'ores et déjà instruit d'ouvrir action pour faire valoir ses droits. Toutefois, auparavant, je souhaite vous inviter à réexaminer ce dossier à la lumière du rapport du Dr N._____ du 16 avril 2008 et à revoir votre position. Je reste convaincu que cette affaire trouvera une issue favorable et raisonnable.

Sans nouvelles de votre part d'ici au 10 juin 2008, j'agirai par toutes voies utiles."

Par courrier du 28 août 2008, la défenderesse a renoncé à se prévaloir de l'exception de prescription, cela jusqu'au 1^{er} septembre 2009.

A la demande de la défenderesse, le Dr K._____, spécialiste en rhumatologie, a examiné l'assuré le 25 août 2008 et, dans son rapport d'expertise du 3 septembre 2008, a noté ce qui suit :

"Affection actuelle :

Selon Monsieur D._____ au début de l'année 2005 il ressent progressivement des douleurs des deux genoux. Il n'y a pas de traumatisme ou de facteur déclenchant précis. Il consulte le Dr G._____, chirurgien orthopédiste à [...]. Il retient un problème de ménisque et il propose une arthroscopie. En fait l'assuré bénéficie d'une arthroscopie au genou droit où le médecin aurait constaté en effet une méniscopathie et de l'arthrose (usure du cartilage). Le chirurgien propose également une arthroscopie de l'autre genou. Selon Monsieur D._____ il s'agit du même problème mais il n'a pas de détails et ne se souvient plus des dates des interventions. Apparemment le Dr G._____ est décédé et les documents ne

seraient pas accessibles. Selon l'assuré l'évolution des gonalgies est lente mais favorable.

Monsieur D. _____ consulte à nouveau le Dr G. _____ pour des douleurs de l'épaule gauche, apparues sans cause apparente. Le bilan radiologique n'aurait pas montré de lésion et le chirurgien effectue une infiltration de l'épaule avec un bon résultat.

Selon Monsieur D. _____ c'est quelques mois plus tard qu'il ressent des douleurs du poignet droit d'apparition assez brutale, l'empêchant de bouger la main. Il pense que c'est à la fin de l'année 2006 que cela est survenu. De lui-même il consulte La Clinique W. _____. Des radiographies sont effectuées. Selon l'assuré il n'y a pas de diagnostic précis.

Monsieur D. _____ est alors adressé au Dr N. _____, FMH en rhumatologie à [...]. Plusieurs semaines se sont passées depuis sa première consultation à W. _____. Au moment où il voit le rhumatologue il ressent des douleurs des deux mains surtout des articulations MCP. Il se plaint également des deux avant-pieds avec des paresthésies et une enflure importante alors que les mains le sont relativement peu. A ce moment-là les douleurs sont constantes, présentes également la nuit, insomniantes. Elles s'accompagnent d'une raideur matinale avec phénomène de dérouillage de plus de 15 min. Le médecin effectue un bilan radiologique avec des radiographies et des IRM ainsi qu'un bilan sanguin. Il informe Monsieur D. _____ qu'il présente une polyarthrite rhumatoïde et c'est la première fois que l'assuré entend ce diagnostic.

Comme les traitements antalgiques et anti-inflammatoires prescrits jusque-là ne sont pas efficaces, un traitement de fond est instauré, L'assuré ne se souvient plus exactement de la séquence mais il dit avoir bénéficié de [...] de [...] et [...]. Le traitement a dû être modifié en raison de l'épilepsie. Comme il n'y a pas d'amélioration significative il reçoit également des injections d'[...] 50 mg 1x/semaine. Le traitement est encore modifié et Monsieur D. _____ vient de bénéficier le 08.08. et 22.08.2008 d'une perfusion de [...].

[...]

Situation socio-professionnelle :

[...] De retour en Suisse [l'assuré] est engagé en qualité de représentant de la marque [...] qui commercialise des machines et outils de jardinage (tondeuses, etc.). Il est licencié après plus de 30 ans et en [...] il se met à son compte et poursuit le même travail. Il s'occupe de la vente et réparation de machines de jardin. Une bonne partie de l'activité consiste à réparer les engins. En principe il travaille seul. A cause de ses problèmes de santé il doit engager selon le travail requis une personne. En fait il s'agit d'un ancien mécanicien qui connaît bien ce type de travail et qu'il peut appeler à la demande.

Concernant les périodes d'incapacité de travail, Monsieur D. _____ n'est pas précis et dit qu'on peut retrouver tout ça dans les documents qu'il a avec lui. Il pense que c'est en été 2005 que le Dr G. _____ a établi le premier certificat d'incapacité de travail pour le

problème des genoux. Selon l'assuré il reprend le travail à temps complet durant un an environ. C'est en août 2007 selon lui qu'il bénéficie d'une incapacité de travail totale en raison de la polyarthrite rhumatoïde, cela durant un mois environ puis il reprend progressivement son activité. Actuellement il bénéficie d'une incapacité de travail de 60%.

Il explique à l'expert le litige qui l'oppose à l'assurance concernant les indemnités pour la perte de gain. Si on retient qu'il s'agit d'une seule et même maladie à l'origine de l'incapacité de travail, les indemnités sont épuisées. Si par contre on retient qu'il s'agit de deux affections différentes il pourrait encore bénéficier d'indemnités journalières.

En effet il ne pense pas cesser son activité bien qu'il ait atteint l'âge de la retraite. Avant la survenue de la polyarthrite rhumatoïde, son projet était de poursuivre durant encore quelques années son activité d'indépendant. Selon Monsieur D. _____ avant de voir le Dr N. _____, aucun médecin n'avait parlé d'un rhumatisme inflammatoire telle que la polyarthrite rhumatoïde. Les médecins avaient diagnostiqué une gonarthrose et une lésion de la coiffe des rotateurs de l'épaule.

[...]

DIAGNOSTICS :

Polyarthrite rhumatoïde séro-positif, érosive, diagnostiquée en mars 2007.

Gonarthrose bilatérale; status après arthroscopie en 2005.

Hypertension artérielle traitée.

Épilepsie traitée.

Canal lombaire étroit et discopathie en L5-S1 diagnostiqué en 2002.

APPRÉCIATION DU CAS :

Monsieur D. _____ est un homme de 66 ans qui travaille comme indépendant pour la vente et la réparation de machines de jardin. Il est connu et traité de longue date pour une épilepsie actuellement stable et une hypertension artérielle. Il a également présenté en 2002 des rachialgies avec le diagnostic de canal lombaire étroit et discopathie en L5-S1. Ces différents problèmes sont stables.

En 2005 Monsieur D. _____ se plaint de gonalgies et consulte un chirurgien-orthopédiste qui après des investigations pratique une arthroscopie de chaque genou. Il retient le diagnostic de gonarthrose bilatérale et méniscopathie à droite. A aucun moment il n'évoque le diagnostic de polyarthrite rhumatoïde même s'il décrit des synovites et des épanchements récidivants il indique dans son rapport sans mise en évidence de maladie rhumatismale.

Le diagnostic de polyarthrite rhumatoïde séro-positif érosive, est posé en mars 2007 par le Dr P. N. _____, rhumatologue à [...]. Il n'y a pas de doute quant au diagnostic car les éléments cliniques et paracliniques sont concordants.

Il est par contre plus difficile d'établir le moment du diagnostic de polyarthrite rhumatoïde. Ceci d'autant plus que les affirmations de Monsieur D. _____ ne concordent pas tout à fait avec les éléments du dossier. A savoir qu'il a repris le travail à temps complet durant un an environ selon ses dires alors que selon les documents d'O. _____ SA la reprise de travail à temps complet a lieu le 17.10.2006 et une nouvelle incapacité totale de travail est établie le 27.11.2006. C'est en fait la date où Monsieur D. _____ consulte à la clinique W. _____ pour le problème du poignet et de la main droite. Selon le rapport médical établi par la Dresse P. _____, de la permanence de W. _____, elle retient le 21.12. 2006 une probable tendinite suite à des mouvements de pro-supination en vissant et dévissant. Comme il n'y a pas d'amélioration il est adressé au Dr N. _____ qui a posé le diagnostic de polyarthrite rhumatoïde. A mon sens c'est l'épisode ayant motivé la consultation du 27.11.2006 qui constitue le début de la polyarthrite rhumatoïde. On ne peut pas exclure que les douleurs de l'épaule gauche et celles des genoux précédemment ne soient pas les prémices du rhumatisme inflammatoire mais d'un autre côté ce diagnostic n'a jamais été avancé par les médecins qui ont traité l'assuré et d'autre part il y a d'autres diagnostics pouvant expliquer les gonalgies, à savoir la gonarthrose et la méniscopathie."

Plus particulièrement, le Dr K. _____ a conclu son expertise du 3 septembre 2008 en relevant qu'à son sens, le début de la polyarthrite rhumatoïde remontait au 27 novembre 2006 et que l'incapacité de travail de 60% était justifiée compte tenu de la présence encore des synovites. L'expert notait que le traitement effectué en août avait de bonnes chances d'améliorer la situation clinique ces prochaines semaines et mois, et qu'il était donc probable que la capacité de travail s'améliore. Il ajoutait en revanche que la présence radiologique de plusieurs érosions était un facteur de mauvais pronostic et laissait à penser qu'il n'y aurait pas de récupération totale de la capacité de travail, laissant craindre une dégradation à long terme, sauf si l'atteinte structurelle et la composante inflammatoire pouvaient être stabilisées par le nouveau traitement.

Le 21 janvier 2009, la défenderesse a adressé au conseil du demandeur une lettre, dont la teneur était la suivante :

"Sur la base des éléments communiqués par notre médecin-conseil, il s'avère que nous devons tenir compte d'une nouvelle maladie à partir du 27 novembre 2006.

En effet, l'art. B3, al. 3 stipule: "Si, au cours d'une maladie, une autre maladie se déclare, les jours du premier cas de maladie donnant droit aux prestations sont imputés sur la durée des prestations."

De plus, selon l'art. B6, al. 3 [recte : B3, al. 6] "Dès que l'assuré est en âge de toucher la rente AVS, il n'a droit aux prestations qu'aussi longtemps que l'employeur est légalement tenu de payer le salaire, mais au maximum pendant 180 jours pour tous les cas d'assurance en cours et à venir, à moins que la durée des prestations indiquée dans la police ne soit atteinte auparavant. Le droit aux prestations s'éteint à l'âge de 70 ans révolus."

Par conséquent, étant donné que nous avons versé les 700 jours en date du 15 septembre 2007 (indemnités journalières du 06 septembre 2005 au 15 septembre 2007), nous ne pouvons malheureusement pas intervenir pour d'autres prestations d'assurance."

Le 22 juillet 2009, le Dr N. _____ a établi un certificat médical attestant d'une incapacité de travail du demandeur du 16 septembre 2007 au 31 décembre 2008 à 60%, le diagnostic étant celui de polyarthrite rhumatoïde ayant débuté le 27 novembre 2006.

C. Par demande déposée le 30 juillet 2009, le demandeur a conclu, avec suite de frais et dépens, au versement par la défenderesse de la somme de 40'141 fr. 60 avec intérêt à 5% l'an dès le 16 septembre 2007. Il soutient en substance avoir souffert d'une première maladie à savoir des problèmes aux genoux et à l'épaule avec un diagnostic de gonarthrose et qu'il s'agissait d'une maladie assurée conformément à l'art. A6 al. 1 des CGA, cette maladie ayant été constatée par un médecin et la défenderesse ayant payé au demandeur des indemnités journalières, après un délai d'attente de 30 jours, soit à partir du 6 septembre 2005. Il allègue que du 17 octobre 2006 au 26 novembre 2006, il n'a plus été en incapacité de travail et n'a donc pas reçu l'indemnité journalière, et que le 27 novembre 2006, il est à nouveau tombé malade, l'incapacité de travail ayant été totale dans un premier temps jusqu'au 30 avril 2007 puis ayant diminué progressivement avant de se stabiliser à 60%. Il ajoute que la défenderesse a accepté le rapport d'expertise du Dr K. _____ du 3 septembre 2008 et a fait siennes les conclusions de l'expert, et qu'en conséquence elle aurait dû verser des indemnités journalières au-delà du 15 septembre 2007 dans la mesure où une nouvelle maladie et partant un nouveau cas d'assurance a débuté le 27 novembre 2006. Il conteste dès lors que cette dernière pathologie se soit déclarée au cours de sa première maladie, et critique l'imputation des jours du premier cas de maladie de

son droit aux prestations sur la durée des prestations du second cas de maladie. Il ajoute que la police d'assurance comprend des conditions complémentaires qui dérogent aux articles des conditions générales d'assurance.

Par réponse déposée le 25 septembre 2009, la défenderesse a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la demande. Elle allègue en substance que le demandeur est atteint d'une même maladie, dès lors qu'il est constant au regard des différentes appréciations médicales au dossier, ainsi que des parties du corps concernées et du type d'affection, que le demandeur souffre vraisemblablement d'une polyarthrite depuis août 2005, laquelle n'a été diagnostiquée qu'en mars 2007. Elle soutient que ce retard de diagnostic est sans incidence sur le droit aux prestations.

La défenderesse a produit un rapport du 31 août 2009 du Dr X._____, spécialiste en médecine interne générale, médecin-conseil de la défenderesse, dont il résulte ce qui suit :

“Une atteinte dégénérative seule, telle l'arthrose, ne saurait expliquer une telle évolution, et encore moins une “gonarthrose débutante”, fût-elle bilatérale: il y a une discordance entre ce diagnostic et la clinique, faite d'épanchements répétitifs spontanés. S'il est évident qu'une gonarthrose peut causer un épanchement articulaire, celui-ci est en général unilatéral, et non pas bilatéral. Un côté est généralement plus symptomatique que l'autre. Comment expliquer les “épanchements récidivants de toutes articulations” et “l'atteinte pluriarticulaire” par de seules atteintes dégénératives?

A mon sens, contrairement à ce qu'écrivait le Dr G._____ dans son rapport du 13.02.2006, il ne s'agit pas dans le cas de M. D._____ d'une évolution très lente, mais bien plutôt d'une chronicité.

Il est regrettable que le Dr G._____ n'ait pas songé à mettre sur pied un conseilium rhumatologique, quand bien même il affirme avoir selon lui écarté une affection rhumatismale. Sur quelles bases l'a-t-il fait? Si c'est sur la base d'un bilan sérologique, on sait que, dans le cas de la polyarthrite rhumatoïde, le dosage des facteurs rhumatoïdes n'est qu'un des sept critères qui interviennent dans le diagnostic, et que leur négativité ne permet pas d'infirmier la maladie.

Selon l'expertise du Dr K._____, des radiographies (mains et poignets très probablement) ont été réalisées lors de la consultation à la Permanence de W._____ (Dr P._____). Le résultat n'est pas connu.

Le Dr N._____, rhumatologue FMH, a conclu dès sa première consultation au diagnostic de "polyarthrite, érosive, d'allure rhumatoïde hautement probable", Il a d'emblée dosé les anticorps anti-CCP.

Dans son courrier du 15 mars 2007 adressé à la Dresse P._____ de la Permanence de W._____, le Dr N._____ écrit, sous Anamnèse: "Il (M. D._____) se plaint depuis l'été 2006 d'arthralgies ayant débuté aux épaules et bénéficié d'infiltrations à 2 ou 3 reprises notamment à gauche puis à droite. Les symptômes douloureux reprenaient après quelques semaines". Cette affirmation est erronée: il est bien établi que c'est dès le printemps 2005 qu'elles sont apparues.

Dans ce même courrier, le Dr N._____ mentionne: "au plan ostéo-articulaire, je relève une arthroscopie des 2 genoux datant de plus d'un an, on lui a nettoyé de l'arthrose et enlevé un ménisque à 4 mois d'intervalle". Le Dr K._____ dans son expertise relate également cette arthroscopie. Or, dans notre dossier ne figure qu'une seule arthroscopie (genou D).

Le Dr C._____, médecin conseil, prend position dans son rapport du 27 août 2007: il écrit qu' "il existe un continuum non seulement du point de vue de l'incapacité de travail, mais également de la nature de l'affection, raison pour laquelle il est considéré que l'incapacité de travail actuelle est à situer dans le cadre de l'affection qui a débuté le 7 août 2005". C'est également ma conviction à l'examen de ce dossier.

Le Dr N._____ écrit, dans sa réponse au Dr C._____ du 2 novembre 2007: "Du point de vue strictement médical, je pense que tant que le diagnostic n'a pas été établi de façon objective et que celui-ci n'a jamais été nommé, on peut dire a posteriori qu'il y avait une probabilité d'arthropathie inflammatoire, mais ceci est une hypothèse et non un fait établi". A mon avis, on doit comprendre ici que, toujours sur le plan strictement médical, le Dr N._____ partage l'opinion du Dr C._____. Le Dr N._____ a cependant raison de dire que ce n'est qu'une hypothèse, même s'il semble y adhérer.

L'argument qu'il ajoute: "Les médecins qui ont suivi soit le Dr G._____ et la Dresse T._____, s'ils avaient eu des arguments solides pour une affection inflammatoire évidente, l'auraient évidemment adressé à un spécialiste de ce genre d'affection" est aussi affable que peu probant. Le même commentaire s'applique d'ailleurs à un précédent courrier du Dr N._____ du 16 août 2007 dans lequel on peut lire: "Il s'agissait vraisemblablement d'une pathologie ostéo-articulaire orthopédique puisqu'il (M. D._____) était suivi par un médecin de cette spécialité".

Je souscris également pleinement au 2ème rapport du Dr C._____ du 10 décembre 2007, notamment lorsqu'il évoque un retard de diagnostic (sous-entendu du Dr G._____ ou de la Dresse T._____).

Ce rapport a été transmis au Dr N._____ qui y répond le 16 avril 2008. On peut y lire: "(...) le Dr C._____ souligne que l'on pourrait

parler plus précisément d'un retard de diagnostic. A cet égard ce n'est pas au patient de subir les conséquences d'un retard de diagnostic. De plus, dans la pratique médicale, on ne peut pas invoquer une obligation du diagnostic pour les médecins". Par ces termes, le Dr N. _____ ne conteste pas qu'il y ait un retard de diagnostic.

A ce jour, il est indéniable que la polyarthrite rhumatoïde présentée par M. D. _____ n'a pas été documentée avant mars 2007, grâce à l'intervention du Dr N. _____. Cependant, je rejoins pleinement l'argumentation développée par le Dr C. _____ et j'estime également qu'il est très vraisemblable que les signes cliniques présentés par M. D. _____ depuis août 2005 et leur évolution s'inscrivent d'emblée dans le sens de cette arthropathie inflammatoire.

Cette appréciation n'est d'ailleurs que timidement contestée par le Dr N. _____.

Un point important mérite d'être éclairci par le service administratif :

D'une part, dans son courrier du 16 août 2007, le Dr N. _____ écrit :

"Lorsque j'ai réinterrogé le patient sur son incapacité de travail, elle remonterait à la fin du mois de décembre 2006 et une incapacité de travail a été octroyée en août 2005 pour un problème de genoux, opérés par le Dr G. _____.

Il m'affirme qu'il y a plus d'une année d'intervalle entre les deux interruptions de sa capacité professionnelle et qu'il n'avait pas connaissance, à ce moment-là d'une pathologie rhumatismale puisque les symptômes de cette dernière affection remontent au mois de décembre 2006".

D'autre part, dans son expertise (page 8), le Dr K. _____ écrit :

"(..)Ceci d'autant plus que les affirmations de M. D. _____ ne concordent pas tout à fait avec les éléments du dossier. A savoir qu'il a repris le travail à temps complet durant un an environ selon ses dires alors que selon les documents d'O. _____ SA la reprise du travail à temps complet a lieu le 17.10.2006 et une nouvelle incapacité de travail est établie dès le 27.11.2006".

Effectivement, un rapport médical du Dr G. _____ du 10.10.2006 précise les interruptions de travail suivantes (d'ailleurs reprises par le Dr C. _____ dans ses rapports) :

100% du 07.08.2005 au 31.01.2006
50% du 01 .02.2006 au 14.06.2006
25% du 15.06.2006 au 16.10.2006

Cette importante discordance mérite d'être élucidée."

Le demandeur a maintenu ses conclusions dans sa réplique, déposée le 3 novembre 2009. Il a relevé notamment que le rapport du Dr

X. _____ était établi uniquement sur pièces et à la seule demande de la défenderesse.

Dans sa duplique déposée le 12 novembre 2009, la défenderesse a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la demande et, à titre reconventionnel, au versement par le demandeur de la somme de 81'090 fr. avec intérêt à 5 % dès le 1^{er} septembre 2006. Elle soutient que le demandeur a touché des indemnités journalières en rapport avec une incapacité de travail pendant plus d'un an alors qu'il travaillait à plein temps, qu'il a ainsi clairement dissimulé sa pleine capacité pour toucher des prestations indues, et il ne pouvait pas ignorer avoir induit l'assurance en erreur puisqu'il a touché des indemnités journalières perte de gain. Elle estime que la prétention frauduleuse est caractérisée et qu'il se justifie de procéder à la résolution du contrat et au remboursement de toutes les prétentions versées en application de l'art. 40 LCA (loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance; RS 221.229.1). Elle indique que la police d'assurance perte de gain maladie a été résiliée au 31 décembre 2008 et que par la présente, en raison de fraude à l'assurance, elle informe le demandeur qu'elle procède à l'annulation de la police, soit à la résolution du contrat avec effet ex tunc.

Dans ses déterminations déposées le 18 mars 2010, le demandeur a conclu avec dépens au rejet des conclusions reconventionnelles formulées par la défenderesse. Il a contesté la validité de la résolution du contrat d'assurance par la demanderesse et a invoqué la prescription.

Dans un mémoire sur duplique déposé le 16 avril 2010, la défenderesse a déclaré ne plus invoquer la résolution du contrat suite à l'exercice de prétentions frauduleuses, au sens de l'article 40 LCA, mais demander la restitution de prestations injustifiées conformément aux règles des art. 62 et suivants CO (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse [livre cinquième: Droit des obligations]; Code des obligations; RS 220). Elle a réduit ses conclusions reconventionnelles au versement par le demandeur de la somme de 26'345 fr. avec intérêt à 5%

dès le 1^{er} septembre 2006. Elle allègue qu'il est établi que le demandeur a travaillé à 100% pendant une année et que pendant la même période il a adressé à l'assurance défenderesse des certificats d'incapacité de travail, étant concernée la période du 18 novembre 2005 au 17 novembre 2006. Compte tenu des incertitudes quant à l'étendue de la période, elle propose de prendre en considération les prestations indues du 1^{er} décembre 2005 au 17 octobre 2006 à hauteur de 26'345 fr., à raison de 10'192 fr pour les indemnités journalières versées à 100% du 1^{er} décembre 2005 au 31 janvier 2006, 11'015 fr. pour les indemnités journalières versées à 50% du 1^{er} février 2006 au 14 juin 2006, et 5'138 fr. pour les indemnités journalières versées à 25% du 15 juin 2006 au 16 octobre 2006.

Le 23 avril 2010, le demandeur a conclu au rejet des conclusions modifiées par la défenderesse.

Malgré interpellation du Service de la santé publique, l'instruction n'a pas permis de retrouver le dossier du Dr G._____, décédé, et le 20 janvier 2011 un délai pour dépôt de mémoires de droit a été octroyé aux parties.

Dans son mémoire de droit déposé le 28 mars 2011, le demandeur a maintenu ses conclusions. Se fondant sur les rapports des Drs N.____ et K._____, il fait valoir que l'incapacité de travail intervenue le 27 novembre 2006 est consécutive à une nouvelle maladie à savoir la polyarthrite rhumatoïde. S'agissant du fait qu'il aurait travaillé à 100% pendant un an, le demandeur soutient que ne figure au dossier aucun élément de preuve et que de toute manière, les prétentions reconventionnelles de la demanderesse sont prescrites.

Dans son mémoire de droit déposé le même jour, la défenderesse a maintenu ses conclusions. Elle allègue en substance que le demandeur, en affirmant qu'il y aurait plus d'une année d'intervalle entre l'incapacité de travail survenue en août 2005 et celle qui a débuté au décembre 2006, a induit le Dr N._____ en l'erreur et que c'est également de manière erronée qu'il a exposé à ce médecin que l'atteinte

d'août 2005 concernerait un problème ostéo-articulaire du genou opéré par le Dr G._____. Elle en déduit que c'est par erreur que le Dr N._____ a indiqué a posteriori que la polyarthrite n'aurait commencé qu'en décembre 2006. Elle soutient que l'expertise du Dr K._____ se fonde sur la même erreur que celle du Dr N._____, à savoir sur les déclarations erronées du demandeur. Elle conteste dès lors formellement l'existence de deux affections et estime que le droit aux indemnités journalières est de toute manière épuisé. La défenderesse soutient en outre que le demandeur a commis une fraude à l'assurance dès lors qu'il ressort de la détermination du demandeur (réplique, ad. 62) et de ses nouveaux allégués (notamment allégué n° 86) qu'il a travaillé "pendant plus d'une année à 100%, soit de 2006 à 2007", alors même qu'il touchait parallèlement des indemnités journalières de la défenderesse. De ce fait, elle considère que les conditions de l'art. 40 LCA tant objectives que subjectives sont réunies.

E n d r o i t :

1. a) En 2007 et ce jusqu'au 31 décembre 2008, le contentieux des assurances complémentaires à l'assurance-maladie était de la compétence du Tribunal cantonal des assurances (cf. art. 1 du décret du Grand Conseil 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 [DTAs-AM, RSV 173.431]). A compter du 1^{er} janvier 2009, le contentieux visé par ce décret est devenu la compétence de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal (cf. JdT 2009 III 43). Au 1^{er} janvier 2011 le DTAs-AM a été abrogé dans le cadre de la mise en œuvre du nouveau CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) (cf. art. 1 du décret du Grand Conseil du 16 décembre 2009 abrogeant celui 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). Cette attribution visait notamment les litiges relatifs aux assurances d'indemnités journalières en cas d'incapacité de travail due à une maladie,

soumises au droit privé, dans la mesure où elles couvrent un risque identique et assurent des prestations de même nature que l'assurance-maladie sociale, et ce sans égard au fait que l'assuré soit ou non au bénéfice d'une assurance d'indemnités journalières au sens des art. 67ss LAMal (JT 1999 III 106, consid. 4f; Fonjallaz, Compétence et procédure en matière de contentieux des assurances complémentaires à l'assurance-maladie, in JT 2000 III 79, spéc. 80).

Les anciennes règles de compétences s'appliquent toutefois aux causes introduites avant le 1^{er} janvier 2011 (Arrêt de la Cour d'appel civile [CACI] du 7 juin 2011, No 109 ; Arrêt de la Cour des assurances sociales [CASSO], 4 mai 2011/78, consid. 1b), telle la présente affaire, de sorte que la Cour de céans est compétente.

b) Sont applicables les règles de procédure prévues pour l'action de droit administratif (JT 2009 III 43 ; art. 106 ss LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]).

2. La défenderesse invoque comme moyen libératoire l'art. 40 LCA. Elle soutient que c'est dans la réplique du demandeur qu'elle a découvert que celui-ci avait commis une fraude à l'assurance, précisément à la lecture de sa détermination sur l'allégué 62. Dès lors que le demandeur a mentionné que l'expert était au clair sur sa situation, elle en déduit que le demandeur a bel et bien travaillé à 100% pendant une durée d'environ un an avant la nouvelle incapacité de travail totale du 27 novembre 2006 et que dès lors que celui-ci a adressé à la défenderesse des certificats d'incapacité, sur lesquels elle a versé des indemnités journalières alors qu'il travaillait à temps complet, le demandeur a commis une fraude à l'assurance. Elle soutient que ce fait résulte également des nouveaux allégués du demandeur, en particulier de l'allégué 86.

Dans ses déterminations, le demandeur a contesté l'annulation/résolution du contrat, au motif qu'elle n'est pas fondée juridiquement. Il relève (détermination sur l'allégué 74) que sa

détermination sur l'allégué 62 reproduit en entier le passage du rapport d'expertise du Dr K. _____, cité de manière tronquée par la défenderesse dans son allégué 62. Ainsi, lorsque le demandeur mentionnait que le Dr K. _____ était au clair sur sa situation, cela signifiait uniquement que l'expert avait bien relaté des souvenirs imprécis du demandeur, soulignant que ces souvenirs ne correspondaient pas à la réalité ressortant des certificats d'incapacité de travail établis par les médecins de celui-ci. Il conteste ainsi avoir travaillé en plein pendant la période d'incapacité de travail attestée par ses médecins et admise par la défenderesse (détermination sur l'allégué 76).

Selon l'art. 40 LCA, si l'ayant droit ou son représentant, dans le but d'induire l'assureur en erreur, dissimule ou déclare inexactement des faits qui auraient exclu ou restreint l'obligation de l'assureur, ou si, dans le but d'induire en erreur l'assureur, il ne fait pas ou fait tardivement les communications que lui impose l'art. 39 LCA (justification des prétentions), l'assureur n'est pas lié par le contrat envers l'ayant droit.

Cette disposition formule un moyen libératoire pour l'assureur, de sorte qu'il incombe à ce dernier de prouver les faits permettant son application (TF 4A_671/2010 du 25 mars 2011, consid. 2.6; ATF 130 III 321, consid. 3.1). L'art. 40 LCA est conçu pour l'hypothèse où l'ayant droit fait des déclarations mensongères relevant de l'escroquerie à l'assurance, en particulier pour le cas où il déclare un dommage plus étendu que celui qui est survenu en réalité (TF 4A_671/2010 du 25 mars 2011, consid. 2.6; arrêt 5C.99/2002 du 12 juin 2002, consid. 3.1; arrêt 5C.240/1995 du 1^{er} février 1996, consid. 2b). Cette disposition implique la réunion de deux conditions: l'une objective, soit une déclaration inexacte ou une dissimulation qui peut influencer sur l'octroi et le montant des prestations à verser par l'assureur, l'autre subjective, soit l'intention d'induire en erreur, même si celle-ci n'a pas abouti à l'offre d'une prestation induue. La preuve de l'intention frauduleuse et de l'inexactitude des faits relatés incombe à l'assureur (cf. Brülhart, Droit des assurances privées, Berne, 2008, n. 651, pp. 301-302). Lorsque les conditions de l'art. 40 LCA sont réunies, l'assureur peut non seulement refuser ses prestations, mais il peut aussi

se départir du contrat et répéter en principe celles qu'il a déjà versées, cette faculté n'existant cependant qu'à l'égard de l'auteur de la tromperie (TF 5C.138/2005 du 5 septembre 2005, consid. 4.2) et pour le contrat affecté par elle (ATF 131 III 314, consid. 2.3; TF 4A_671/2010 du 25 mars 2011, consid. 2.6; TF 4A_431/2010 du 17 novembre 2010).

En l'espèce, dans sa réponse, la défenderesse a allégué notamment ce qui suit :

- "Se fondant sur la même erreur que le Dr N._____, soit les déclarations de D._____, le Dr K._____ a noté que l'assuré avait repris le travail à temps complet durant un an environ (page 5)..." (all. 60)
- "... ce qui est manifestement faux, puisque l'incapacité de travail a été pratiquement ininterrompue depuis août 2005." (all. 61).
- "En page 8 de son rapport, le Dr K._____ a noté: «il est par contre plus difficile d'établir le moment du diagnostic de polyarthrite rhumatoïde, ceci d'autant que les affirmations de M. D._____ ne concordent pas tout à fait avec les éléments du dossier. A savoir qu'il a repris le travail à temps complet durant un an environ.»" (all. 62).
- "Sur la base de ces éléments, le Dr K._____ a estimé le début de la polyarthrite rhumatoïde au 27 novembre 2006." (all. 63).

La détermination sur l'allégué 62 a la teneur suivante :

"Rapport soit à la pièce. La dernière phrase citée de manière incomplète par la défenderesse a la teneur suivante: «A savoir qu'il a repris le travail à temps complet durant un an environ selon ses dires alors que selon les documents d'O._____ SA la reprise du travail à temps complet a lieu le 17.10.2006 et une nouvelle incapacité totale de travail est établie le 27.11.2006». Le Dr K._____ était donc très au clair de la situation du demandeur."

En mentionnant que le Dr K._____ était donc très au clair de la situation du demandeur, celui-ci ne faisait que répondre aux allégations de la défenderesse selon lesquelles l'expert se serait fondé à tort sur les déclarations faites par le demandeur lors de l'examen - savoir qu'il aurait travaillé pendant un an environ - pour fixer le début de la polyarthrite rhumatoïde. On ne peut donc pas déduire de cette détermination que le demandeur ait admis avoir effectivement travaillé à temps complet pendant un an.

Le demandeur a allégué en outre ce qui suit :

- "Il ressort ainsi de l'expertise que le demandeur a déclaré lui-même au Dr K. _____ ne pas pouvoir indiquer précisément les périodes d'incapacité de travail et s'est ainsi référé aux certificats médicaux établis à cet effet." (all. 82).
- "De fait, selon le rapport du Dr K. _____, le demandeur aurait déclaré à celui-ci que selon ses souvenirs imprécis, le début de l'incapacité de travail totale due à ce qui s'est avéré être une polyarthrite rhumatoïde serait survenu en août 2007,..." (all. 83)
- "... alors que cette incapacité de travail totale est en réalité survenue dès le 27 novembre 2006."(all. 84)
- "Les souvenirs du demandeur tels que rapportés par le Dr K. _____ évoquent ainsi une période de pleine capacité de travail courant du 17 octobre 2006 au mois d'août 2007,..." (all. 85)
- "... ce qui aurait effectivement correspondu à une période de capacité totale de travail d'environ une année, dans les souvenirs non seulement imprécis mais même erronés du demandeur,..." (all. 86)
- "... tels que rapportés par le Dr K. _____ à la suite de la consultation du 25 août 2008,..." (all. 87)
- "... étant souligné qu'à celle époque-là, le demandeur était un homme âgé de près de 66 ans, tentant par nécessité de poursuivre une activité professionnelle, mais étant effectivement en incapacité de travail totale puis oscillant entre 80 et 60% depuis le 27 novembre 2006, soit près de 2 ans,..." (all. 88).

Il ne résulte pas de ces différents allégués que le demandeur admet avoir effectivement travaillé à plein temps pendant un an. Il le conteste d'ailleurs expressément dans sa détermination sur l'allégué 76. Ainsi, sur la seule base des allégués et des déterminations du demandeur, on ne saurait tenir pour établi que celui-ci a travaillé à plein temps pendant un an et encore moins avec un rendement entier.

Quant aux déclarations du demandeur au Dr N. _____ selon lesquelles il y a plus d'une année d'intervalle entre les 2 interruptions de sa capacité professionnelle, elles ne suffisent pas non plus à établir que le demandeur aurait travaillé à 100% et avec un plein rendement pendant un an. Il en va de même des déclarations du recourant à l'expert. Celui-ci mentionne en effet que le demandeur lui a expressément déclaré ne pas se souvenir des dates exactes et lui avoir demandé de se référer aux pièces qu'il avait d'ailleurs apportées. L'expert mentionne en outre qu'en principe le demandeur travaille seul, mais qu'à cause de ses problèmes de santé il doit engager, selon le travail requis, une personne, un ancien

mécanicien qui connaît bien ce type de travail et qu'il peut appeler à la demande.

La défenderesse n'allègue aucun autre fait étayant l'existence d'une fraude à l'assurance.

Elle ne peut dès lors conclure à la restitution des prestations versées et ses conclusions reconventionnelles doivent en conséquence être rejetées, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si elles sont prescrites.

3. Il y a dès lors lieu d'examiner si le demandeur a été atteint de deux affections successives ou non, autrement dit à partir de quelle date il a été atteint de polyarthrite rhumatoïde.

a) Le Dr N. _____ a diagnostiqué une polyarthrite rhumatoïde en mars 2007 et estime qu'il ne s'agit pas de la même affection que celle dont le demandeur était atteint en 2005, un tel diagnostic n'ayant jamais été établi auparavant comme tel. Il explique notamment que le demandeur souffre d'une polyarthrite rhumatoïde qui, par définition, s'exprime à plusieurs niveaux articulaires périphériques, à savoir actuellement les mains et les pieds essentiellement, le rachis cervical étant surtout atteint dans cette maladie. Or, depuis 2005, le demandeur a souffert de lombalgies pouvant être rapportée à des troubles de la statique vertébrale ainsi qu'à des phénomènes dégénératifs radiologiquement confirmés mais qui ne relèvent pas de la polyarthrite rhumatoïde, le demandeur faisant état d'une gêne fonctionnelle et douloureuse au niveau lombaire, intermittente à caractère mécanique. En ce qui concerne les genoux, le Dr N. _____ se fonde sur l'IRM effectuée le 12 août 2005 pour conclure qu'à ce moment-là la polyarthrite, telle qu'elle a été définie par ses soins en 2007, n'était ni avérée, ni documentée. On ne peut pas affirmer qu'elle est à l'origine d'une incapacité de travail en 2005 et il s'agissait alors d'un problème à la fois dégénératif et sur déchirure méniscale. Il ajoute qu'il n'y avait pas de douleurs ni de tuméfaction des mains ou des pieds à ce moment-là.

L'expert partage les conclusions du Dr N._____. Il explique en effet que c'est l'épisode ayant motivé la consultation du 27 novembre 2006 à la Clinique de W._____ qui constitue le début de la polyarthrite rhumatoïde dès lors que ce diagnostic n'a jamais été avancé par les médecins qui ont traité le demandeur avant cette consultation et qu'il y a d'autres diagnostics pouvant expliquer les gonalgies, à savoir la gonarthrose et la méniscopathie. On ne saurait suivre la défenderesse lorsqu'elle soutient en procédure seulement, que l'expert aurait été induit en erreur par les allégations du recourant quant à une capacité de travail entière pendant un an. En effet, d'une part, l'expert mentionne que le demandeur n'était pas précis concernant les périodes d'incapacité de travail et qu'il lui a expressément déclaré que l'on pouvait les retrouver dans les documents qu'il avait avec lui. D'autre part, l'expert, après avoir relevé la divergence entre les déclarations du demandeur à ce propos et les incapacités de travail médicalement attestées et en se fondant sur des données médicales a retenu la date du 27 novembre 2006 comme début de la polyarthrite rhumatoïde.

Les conclusions de l'expert ne sauraient être mises en doute par celles du Dr C._____, médecin conseil de la défenderesse. Celui-ci n'est pas spécialiste en rhumatologie. Si, dans un premier temps, il estimait que la polyarthrite rhumatoïde avait débuté en 2005, il s'est finalement rallié aux conclusions de l'expert, comme cela résulte de la lettre de la défenderesse du 21 janvier 2009, celle-ci ayant écrit que c'était sur la base des éléments communiqués par son médecin-conseil qu'elle devait tenir compte d'une nouvelle maladie à partir du 27 novembre 2006.

Les conclusions de l'expert ne sont pas mises en doute non plus par le rapport du Dr X._____. Celui-ci critique le Dr G._____. Toutefois, ce praticien, spécialiste en orthopédie, qui a régulièrement traité le demandeur, a expressément écarté une affection rhumatismale. L'état de santé du demandeur s'est d'ailleurs amélioré avec le traitement prodigué par le Dr G._____ jusqu'à permettre au recourant de recouvrer une pleine capacité de travail dès le 16 octobre 2006, ce qui n'aurait pas

été le cas s'il s'était agi d'une polyarthrite rhumatoïde. Le Dr X._____, dont le rapport a été établi dans le cadre de la présente procédure, n'est spécialiste ni en orthopédie, ni en rhumatologie. Il n'a pas examiné le demandeur et n'apporte aucun élément nouveau dont l'expert n'aurait pas tenu compte. Ses conclusions ne peuvent dès lors être suivies.

De jurisprudence constante, pour conférer pleine valeur probante à un rapport médical, les points litigieux importants doivent avoir fait l'objet d'une étude circonstanciée. Il faut encore que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes de la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et enfin que les conclusions de l'expert soient bien motivées. Au demeurant, l'élément déterminant, pour la valeur probante, n'est ni l'origine du moyen de preuve, ni sa désignation comme rapport ou comme expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 134 V 231, consid. 5.1; 125 V 351, consid. 3a et la référence citée). Lorsqu'une expertise confiée à un médecin indépendant est établie par un spécialiste reconnu, sur la base d'observations approfondies et d'investigations complètes, ainsi qu'en pleine connaissance du dossier et que l'expert aboutit à des résultats convaincants, le juge ne saurait les écarter aussi longtemps qu'aucun indice concret ne permet de douter de leur bien-fondé (ATF 125 V 351, consid. 3b/bb). Ces principes trouvent aussi à s'appliquer lorsqu'une prétention découlant d'une assurance complémentaire à l'assurance sociale est en jeu (TF 4A_5/2011 du 24 mars 2011, consid. 4).

L'expertise du Dr K._____ est conforme aux réquisits de la jurisprudence précités. Elle n'est en particulier pas mise en doute par d'autres rapports médicaux, comme évoqués ci-dessus, ne comporte pas de contradictions et ses conclusions sont claires et bien motivée. Elle a ainsi valeur probante.

c) Il y a dès lors lieu d'admettre qu'une nouvelle maladie, la polyarthrite rhumatoïde, a débuté le 27 novembre 2006 et qu'à la date de

l'expertise, elle entraînait une incapacité de travail de 60%, ceci jusqu'à fin décembre 2008, comme l'atteste le Dr N._____.

d) Le dossier médical étant complet, il n'y a pas lieu d'ordonner une instruction complémentaire sous la forme d'une expertise.

4. Le demandeur conclut au versement d'indemnités journalières pendant 700 jours.

a) Selon l'art. B3 al. 3 des CGA, si, au cours d'une maladie, une autre maladie se déclare, les jours du premier cas de maladie donnant droit aux prestations sont imputés sur la durée des prestations.

Ce cas n'est pas réalisé en l'espèce puisque la polyarthrite rhumatoïde a débuté plus d'un mois après la fin de la première maladie, la capacité de travail du demandeur étant entière pendant cette période. En outre, l'art. A7 CGA, qui concerne les rechutes, n'est pas non plus applicable, s'agissant de deux maladies distinctes.

En revanche l'al. 4 de l'art. B3 CGA est applicable à savoir que si une nouvelle maladie se déclare après l'expiration de la durée des prestations, la couverture d'assurance est accordée pour ce cas à la seule condition que la personne assurée ait auparavant retrouvé sa capacité de travail entière ou partielle et seulement dans la mesure de l'incapacité de travail supplémentaire due à la nouvelle maladie.

Dans ce cas, les prestations sont versées dès l'échéance du délai d'attente (art. B3 al. 1), en l'occurrence trente jours.

b) L'art. B3 al. 6 CGA prévoit que dès que l'assuré est en âge de toucher la rente AVS, il n'a droit aux prestations qu'aussi longtemps que l'employeur est légalement tenu de payer le salaire, mais au maximum pendant 180 jours pour tous les cas d'assurance en cours et à venir, à moins que la durée des prestations indiquée dans la police ne soit

atteinte auparavant. Selon cet article, le droit aux prestations s'éteint à l'âge de 70 ans révolus.

Selon l'art. 70 al. 5 CCA, en modification de l'article B3, al. 6, des CGA, la prestation servie à l'âge de la retraite AVS n'est pas limitée par la durée de l'obligation légale, incombant à l'employeur, de verser le salaire.

Cette dérogation ne porte que sur le droit aux prestations au regard des obligations légales de l'employeur ce qui s'explique par le fait que le demandeur est indépendant. En revanche, cet article des CCA ne déroge pas à la seconde partie de l'alinéa 6 de l'art B3 CGA selon lequel l'assurance verse des prestations au maximum pendant 180 jours, et cela pour autant que l'assuré n'ait pas atteint l'âge de 70 ans révolus.

Ainsi, le demandeur, qui a atteint l'âge de 65 ans le 29 septembre 2007, ne peut avoir droit dès cette date qu'au versement de 180 indemnités journalières à 60%. La défenderesse lui a versé des indemnités journalières pour ce nouveau cas de maladie du 27 novembre 2006 au 15 septembre 2007. Elle doit donc des indemnités journalières à 60% du 16 septembre 2007 au 29 septembre 2007, savoir 14 jours, puis 180 indemnités journalières à 60%, soit 194 indemnités journalières au total, sous déduction de 30 jours de délai d'attente, soit 164 indemnités journalières à 60%, savoir 16'175 fr. ($[164 \times 164.38] \times 60\%$).

c) S'agissant des intérêts moratoires au taux légal de 5% (art. 104 al.1 CO) que le demandeur réclame, ils sont dus dès mise en demeure du débiteur par une interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO). Il suffit à ce titre que le créancier manifeste clairement de quelque manière - par écrit, verbalement ou par actes concludants - sa volonté de recevoir la prestation promise, sans indiquer les conséquences de la demeure (ATF 129 III 535).

En l'espèce, c'est par lettre de son conseil, du 28 mai 2008, que le demandeur, après avoir reçu encore confirmation du Dr N. _____

quant à l'existence d'un nouveau cas de maladie, prétend clairement à l'endroit de la défenderesse son droit au versement d'indemnités journalières après le 15 septembre 2007, de sorte que l'intérêt est dû à dater du 29 mai 2008.

5. Il ne sera pas perçu de frais de justice, la procédure étant gratuite pour les parties (cf. ancien art. 85 al. 3 LSA [loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004; RS 961.01] en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 et abrogé lors de l'entrée en vigueur du CPC au 1^{er} janvier 2011).

Le demandeur et défenseur reconventionnel obtient partiellement gain de cause avec l'aide d'un mandataire professionnel. Il a droit à des dépens réduits (art. 109, 55 et 56 al. 2 LPA-VD), qu'il y a lieu de fixer équitablement à 1'500 fr., compte tenu de l'importance et de la complexité du litige, à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 7 TFJAS [tarif du 2 décembre 2008 des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales, RSV 173.36.5.2]).

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

- I.** La demande est partiellement admise.
- II.** Les conclusions reconventionnelles d'O._____SA sont rejetées.
- III.** O._____SA versera à D._____ la somme de 16'175 fr. (seize mille cent septante-cinq francs) avec intérêt à 5% l'an dès le 29 mai 2008.
- IV.** O._____SA versera à D._____ la somme de 1'500 fr. (mille cinq cent francs) à titre de dépens partiels.

V. Le présent arrêt est rendu sans frais.

La présidente :

Le greffier :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Alexandre Bernel (pour D. _____),
- Me Jean-Michel Duc (pour O. _____ SA),

par l'envoi de photocopies.

Un appel au sens des art. 308 ss CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272) peut être formé dans un délai de trente jours dès la notification de la présente décision en déposant au greffe du Tribunal cantonal un mémoire écrit et motivé. La décision objet de l'appel doit être jointe.

Le greffier :