

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 5 mars 2012

Présidence de Mme RÖTHENBACHER
Juges : Mme Thalmann et M.Neu
Greffier : M. d'Eggis

Cause pendante entre :

R. _____, à Lausanne, demandeur, représenté par la Fédération suisse pour l'intégration des handicapés, Service juridique,

et

D. _____ **Assurance**, à Lausanne, défenderesse.

Art. 12 al. 2 LAMal; 61 LCA

E n f a i t :

A. **a)** Le demandeur R._____, polygraphe, né le 23 mai 1970, a été assuré dès le 1^{er} janvier 2007 pour la perte de gain auprès de la défenderesse D._____ Assurance par son employeur, l'entreprise d'arts graphiques X._____ SA.

La police d'assurance prévoit que l'indemnité journalière s'élève à 100% du gain assuré après un délai d'attente de 30 jours. La durée des prestations était de 730 jours, sous déduction du délai d'attente.

La police d'assurance perte de gain maladie renvoie aux conditions générales pour l'assurance collective de personnes (perte de gain maladie), Edition 2002 (ci-après : CGA), et à la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA) pour les questions qui ne sont pas réglées par la police ou par les CGA.

Par maladie au sens de l'assurance, il faut entendre tout trouble involontaire de la santé physique ou mentale, médicalement décelable et qui n'est pas la conséquence d'un accident (art. 19 al. 1 CGA). La couverture d'assurance cessait pour chaque assuré notamment lorsqu'il quittait l'entreprise assurée, après 30 jours, pour autant qu'il n'existe pas, en vertu de conventions de libre passage, une autre couverture d'assurance ou encore à l'expiration de la durée maximale du droit aux prestations prévue dans le contrat (art. 22 ch. 2 CGA). Lorsqu'il ne fait plus partie du cercle des personnes assurées, l'assuré domicilié en Suisse a le droit de passer dans l'assurance individuelle de la Compagnie. Il doit faire valoir ce droit par écrit dans les 30 jours après qu'il a quitté le cercle des assurés (art. 23 ch. 1 CGA).

En cas d'incapacité de travail de l'assuré attestée médicalement, la Compagnie doit payer l'indemnité journalière convenue au plus tôt après l'expiration du délai d'attente indiqué dans la police. Le

délai d'attente court dès le premier jour d'incapacité de travail attesté par le médecin mais au plus tôt 3 jours avant le premier traitement médical (art. 26 ch. 1 et 2 CGA). En cas d'incapacité de travail partielle de moins de 25 %, aucune indemnité n'est due. En cas d'incapacité partielle de travail d'au moins de 25 %, l'assureur paie une indemnité journalière proportionnelle au degré d'invalidité. Les jours d'incapacité partielle de travail sont comptés en plein pour le calcul du délai d'attente et pour le calcul de la durée maximale de la prestation (art. 26 ch. 5 CGA).

b) Le 15 avril 2008, X. _____ SA a rempli une déclaration de maladie à l'intention de l'assureur en indiquant plusieurs incapacités de travail du demandeur dès le mois de mai 2007 en raison de problèmes de dos.

Le 30 juin 2008, le demandeur, a déposé une demande de prestations AI en vue d'un reclassement professionnel. Il a déclaré être en incapacité de travail depuis le 15 avril 2008. Il invoquait une hernie discale avec sciatgie gauche depuis février 2007, une tendinite épaule gauche depuis février 2007, un burn-out et une dépression.

Le 4 juillet 2008, la Dresse Q. _____, spécialiste FMH en médecine interne et médecin traitant de l'assuré, a établi un certificat médical à l'intention de l'assurance en écrivant que ce dernier souffrait de lombalgies chroniques, d'une surcharge de la coiffe des rotateurs de l'épaule gauche et d'un état anxio-dépressif secondaire à un burn out depuis début 2007. Le début du traitement ambulatoire était fixé au 22 février 2007.

Le 31 juillet 2007, la Dresse Q. _____ a établi une attestation selon laquelle son patient était apte à suivre un stage de maître socio-professionnel à un taux d'activité de 100 % à partir du 1er août 2008.

Par courrier du 14 juillet 2008 de son employeur, l'assuré a été licencié pour le 30 septembre 2008.

Le 12 novembre 2008, le Service médical régional de l'assurance-invalidité (ci-après : SMR) a rendu l'avis suivant :

" Assuré souffrant de lombalgies chroniques non-spécifiques persistantes (cf lettre du Dr F. _____ du 18 juin 2008), ainsi que des douleurs de l'épaule gauche sur probable surcharge de la coiffe des rotateurs (cf. lettre du Dr F. _____ du 18 juin 2008) ainsi que d'une dépression réactionnelle à un burn out dans le cadre d'un problème professionnel. (L'assuré a finalement été licencié en septembre 2008).

Toutes ses pathologies sont sous traitement et susceptibles de montrer une amélioration notoire sous traitement (cf les divers rapports en notre possession).

Aucune de ses pathologies n'est invalidante au sens de l'AI mais elles entraînent des limitations fonctionnelles. Ces limitations fonctionnelles sont les suivantes: Pas de port répété de charge de plus de 10 kg, pas de position du tronc en porte-à-faux, pas de flexion-rotation répétées du tronc, possibilité d'alterner les positions assise et debout, pas de port de charge de plus de 5 kg avec la membre supérieur gauche, pas de mouvement de force répété avec le membre supérieur gauche et pas d'élévation du membre supérieur gauche au dessus de l'épaule.

Ces limitations fonctionnelles paraissent tout à fait compatibles avec l'activité habituelle de l'assuré (polygraphe image)."

En septembre 2008 et janvier 2009, le demandeur a fait part à l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : OAI) de plusieurs demandes de stage qu'il a formulées auprès de diverses institutions et sociétés.

c) Le Dr L. _____, rhumatologue mandaté par la défenderesse, a établi un rapport d'expertise du 4 décembre 2008 dont il ressort notamment ce qui suit :

"4.-DIAGNOSTICS

- Lombalgies chroniques aspécifiques avec pseudo-sciatalgies gauches
- Hernie discale L5-S1
- Périarthrite scapulo-humérale gauche avec conflit sous-acromial gauche
- Périarthrite de hanche gauche avec tendinopathie insertionnelle du moyen- fessier gauche.

5.-APPRECIATION DU CAS

Nous sommes en présence d'un assuré suisse âgé de 38 ans, qui est au bénéfice d'un CFC de polygraphe, et qui a oeuvré dans ce domaine d'activité sans discontinuer depuis 1989. L'assuré a joui d'une bonne santé habituelle, hormis des antécédents de fracture de la clavicule gauche dans l'enfance et des troubles psychiatriques sous forme d'un trouble obsessionnel compulsif anamnestique depuis plusieurs années, pour lequel il est actuellement sous un suivi psychiatrique auprès du Dr G._____, psychiatre à Pully.

R._____ n'avait jamais présenté de lombalgies particulières selon ses dires, et celles-ci sont apparues en février 2007 après la pratique de la bicyclette ergométrique, et sans aucun facteur traumatique, elles ont eu tendance à s'étendre au niveau du membre inférieur gauche, et elles ont ensuite évolué sur un mode chronique depuis maintenant plus de 18 mois. Un arrêt de travail a été initié transitoirement en mai 2007 par la Dresse Q._____ son médecin traitant, puis l'assuré avait pu reprendre son activité jusqu'en février 2008, date à laquelle il a été mis au bénéfice d'un arrêt de travail pour une durée indéterminée; incapacité de travail prolongée qui a abouti à son licenciement avec effet au 30 septembre 2008.

Comme investigation, l'assuré a subi une IRM lombaire en mai 2007 qui a démontré l'existence d'une hernie discale au niveau L5-S1 légèrement paramédiane gauche. Il [a] été pris en charge par son médecin traitant la Dresse Q._____, qui lui a administré un traitement alliant des anti-inflammatoires, des antalgiques et différentes séances de physiothérapie, consoeur qui l'a finalement adressé au Centre d'Antalgie du CHUV. Dans ce service, l'assuré a subi plusieurs infiltrations périurales de corticostéroïdes suivies par des blocs facettaires et mêmes par des dénervations au niveau L2-L3 et L3-L4 gauche. Ces différents traitements invasifs n'ont conduit à aucune amélioration significative de ses lombalgies mécaniques avec irradiation dans le membre inférieur gauche. Dans ces conditions, l'assuré a été pris en charge par la Consultation du Rachis de l'Hôpital Orthopédique-CHUV auprès du Dr F._____ et il y a bénéficié d'un traitement intensif stationnaire pendant une période de 3 semaines. Suite à ce traitement, l'évolution a été quelque peu améliorée, cependant R._____ annonce encore la persistance de lombalgies mécaniques dépendantes du positionnement statique n particulier assis, douleurs qui sont quelque peu soulagées par l'orthostatisme et par le décubitus dorsal. Par ailleurs, il relate également une irradiation douloureuse dans le membre inférieur gauche qui ne respecte actuellement pas véritablement de territoire précis, douleurs également majorées à la marche en montée, mais sans impulsivité au Valsalva.

Qui plus est, l'assuré fait aussi mention de **douleurs au niveau de l'épaule gauche** qui sont également apparues dans le contexte de son activité professionnelle, où il devait fréquemment faire une élévation de l'épaule gauche avec des douleurs à l'abduction et à l'antépulsion du membre supérieur gauche qui ont conduit à des

investigations sous forme d'un bilan radiologique suivi d'une arthro-IRM qui n'ont pas montré de lésions significatives de la coiffe des rotateurs ou d'arguments en faveur d'une capsulite rétractile. Des infiltrations corticostéroïdiennes et des séances de physiothérapie ont permis à une amélioration partielle des doléances exprimées par R. _____ au niveau de son épaule gauche, mais il signale être toujours gêné lors des mouvements d'abduction et d'élévation du membre supérieur gauche.

Finalement, l'assuré fait état d'une **coxodynie gauche** qui est localisée au niveau du grand trochanter gauche et qui est également survenue sans facteur déclenchant traumatique, majorée lorsqu'il dort en décubitus latéral gauche ou lorsqu'il reste longtemps en position debout, une IRM des hanches réalisée tout récemment n'a pas démontré de déchirure musculaire mais essentiellement un léger hypersignal en pondération T2 en regard du grand trochanter gauche compatible avec une périarthrite de hanche gauche. Une infiltration corticostéroïdienne par le Dr [...] a toutefois conduit à une certaine amélioration des plaintes alléguées par l'assuré. Au total l'assuré manifeste des douleurs qui sont à la fois localisées au niveau du rachis et du membre inférieur gauche, de l'épaule gauche, et cela dans un contexte de troubles psychologiques sous forme d'un TOC et éventuellement d'un état anxiodépressif que décrit Mme [...], psychologue, qui avait évalué l'assuré dans le groupe URR au CHUV.

Objectivement, du point de vue clinique, on constate l'absence de stigmates en faveur d'un syndrome d'amplification des symptômes, mais la persistance d'un léger syndrome lombo vertébral au niveau de la charnière lombo-sacrée, avec un rachis actuellement dépourvu de troubles statiques significatifs. Au niveau du rachis cervico-dorsal, il n'y a pas de limitation, ni de syndrome rachidien. Enfin au niveau périphérique, on constate au niveau de l'épaule gauche des signes de conflits sous-acromiaux avec une légère restriction de l'abduction et de l'antépulsion, mais il n'y a pas de signe en faveur d'une instabilité de son épaule. Enfin au niveau de la hanche gauche, on objective des signes cliniques en faveur d'une périarthrite de hanche gauche, et finalement l'examen neurologique des membres inférieurs et supérieurs est actuellement **rigoureusement normal**. Ces constatations cliniques objectives sont en partie corrélées aux constatations du bilan radiologique et IRM réalisée au niveau lombaire, scapulaire, enfin au niveau des hanches. Les différents médecins rhumatologues qui ont examiné l'assuré comme le Dr F. _____ et le Dr [...] n'ont pas constaté d'incohérence dans le tableau clinique présenté par l'assuré. En effet, les doléances exprimées par l'assuré correspondent en grande partie aux constatations de l'examen clinique, même s'il est fort vraisemblable que l'assuré présente une comorbidité psychiatrique (TOC et état dépressif), comorbidité qu'il faudra absolument instruire en sollicitant des informations auprès de son psychiatre traitant (Dr G. _____).

D'un point de vue somatique, et en ne prenant en compte que les éléments objectifs somatique, on peut donc retenir les

diagnostics mentionnés ci-dessus. Dans ces conditions, on peut présentement cautionner une incapacité de travail de 100 % dans son activité habituelle de polygraphe, en raison des limitations fonctionnelles qui seront énumérées ci-dessous.

6.-REPONSES A VOS QUESTIONS

1. Le diagnostic actuel exact ?

Voir ci-dessus.

2. Votre avis quant au taux d'incapacité actuelle et future dans la profession actuelle ?

Dans sa profession actuelle de polygraphe, on peut estimer une incapacité de travail complète, qui résulte des constatations cliniques pathologiques au niveau du rachis lombaire, de l'épaule gauche et de la hanche gauche. Ces constatations conduisant à une limitation fonctionnelle dans sa capacité de faire des mouvements d'élévation, et de rotation externe du membre supérieur gauche (à cause de l'atteinte à la santé de l'épaule gauche), dans sa capacité de porter-soulever des charges de plus de 10 kg, en porte-à-faux, dans sa capacité de demeurer assis plus de 30 min (en raison de son syndrome lombovertébral et enfin parallèlement à sa périarthrite au niveau de la hanche gauche).

En ce qui concerne sa capacité de travail future dans sa profession actuelle, celle-ci pourrait être toutefois recouverte partiellement d'un point de vue somatique, après la poursuite d'un traitement physiothérapeutique de rééducation rachidienne, mais il est actuellement difficile de pouvoir statuer sur l'échéance d'une éventuelle restauration d'une capacité de travail résiduelle dans son ancienne activité professionnelle.

3. Votre avis quant au taux d'incapacité actuelle et future dans une profession adaptée à l'handicap ?

Dans une activité adaptée (exigibilité), sa capacité de travail serait complète dès à présent d'un point de vue somatique, à savoir dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles décrites ci-dessus, comme dans une activité de surveillant ou de vendeur dans le domaine audiovisuel.

4. Des mesures de réinsertion de l'AI vous semblent-elles compatibles avec l'état de l'assuré et seraient-elles bénéfiques ?

D'un point de vue somatique, d'une part, au vue des limitations fonctionnelles présentées par l'assuré et d'autre part au vue de son état de motivation apparente, il devrait tout à fait être en mesure de suivre des mesures de réinsertion auprès de l'AI, dans une activité qui serait adaptée aux limitations fonctionnelles décrites ci-dessus.

5. En cas de reprise du travail, avez-vous avisé l'assuré/son médecin traitant de vos conclusions ?

L'assuré a été informé de mes conclusions. Le médecin traitant n'a quant à lui pas été avisé des conclusions de la présente expertise.

6. Votre pronostic ?

Le pronostic d'un point de vue somatique apparaît comme globalement favorable, si l'assuré pouvait bénéficier d'une activité adaptée (voir ci-dessus).

7. Votre proposition de traitement ?

Poursuite du traitement de kinésithérapie (rachis lombaire et épaule) avec éventuellement de nouvelles infiltrations de corticostéroïdes au niveau du grand trochanter gauche et au niveau de l'épaule gauche.

8. L'assuré a-t-il déjà été soigné pour cette maladie ?

D'après les déclarations de l'assuré, il n'aurait pas présenté de lombalgies avant février 2007. Il semble absolument indispensable de se renseigner à propos des troubles psychiatriques manifestés par l'assuré et de leur éventuelle nature incapacitante, en s'informant auprès de son médecin traitant psychiatre, le Dr Covarrubias."

d) Le 2 décembre 2008, l'assuré a écrit à l'assurance qu'il avait découvert lors de son examen par le Dr L. _____ que l'assurance avait fixé le début de l'incapacité de travail au 17 mai 2007 et que ceci était faux car la date déterminante était le 17 mai 2008.

Par courrier du 21 janvier 2009, l'assurance a écrit à son assuré qu'elle avait pris en compte la date du 17 mai 2007 comme début de l'incapacité de travail sur la base des informations transmises par l'ancien employeur sur la déclaration de sinistre. Elle relevait que le médecin traitant de l'assuré mentionnait le 22 janvier 2007 comme début du traitement ambulatoire et que l'expert précisait que les différentes incapacités de travail survenues depuis mai 2007 avaient pour origine la même affection médicale. Elle écrivait aussi que l'expert estimait que l'activité de polygraphe n'était plus adaptée à l'état de santé de l'assuré mais qu'il existait d'un point de vue somatique une exigibilité dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles. Toutefois le Dr L. _____ indiquait que des renseignements médicaux devaient encore être fournis par le psychiatre.

e) Le 30 janvier 2009, l'OAI, confirmant un projet de décision du 19 novembre 2008, a refusé d'allouer des mesures d'ordre professionnel, écrivant qu'il ressortait des renseignements médicaux que l'atteinte à la santé n'était pas invalidante dans l'activité habituelle.

R. _____ a recouru contre cette décision le 1^{er} mars 2009. Il a conclu à l'octroi de mesures de réorientation professionnelle. Il a précisé, par courrier de son conseil du 8 juillet 2009, ses conclusions en ce sens qu'il a conclu à l'annulation de la décision du 30 janvier 2009 et au renvoi de la cause à l'OAI pour mise en œuvre d'une orientation professionnelle puis détermination et mise en œuvre sur cette base du reclassement professionnel.

B. Le 11 mars 2009, D. _____ Assurance a écrit au demandeur que sur la base de l'expertise du Dr L. _____, celui-là était apte à reprendre une activité professionnelle à 100%, mais dans une activité adaptée. L'assureur écrivait aussi que son médecin-conseil, sur la base d'un rapport établi le 31 janvier 2009 par le Dr G. _____, considérait que d'un point de vue psychique, l'assuré pouvait également travailler à 100 %. L'assureur informait dès lors le demandeur qu'un délai de 4 mois dès le 1^{er} avril 2009 était accordé à celui-ci, délai durant lequel elle poursuivrait le paiement des indemnités journalières à 100% (220 fr. 57) afin que le demandeur puisse trouver un travail adapté, c'est-à-dire une activité n'exigeant pas de faire des mouvements d'élévation et de rotation externe du membre supérieur gauche, ni de ports de charge de plus de 10 kg et permettant des changements de position et de petits déplacements. L'assureur écrivait encore qu'à l'échéance du délai, les indemnités journalières devraient être calculées en fonction du rapport résultant de la différence entre le revenu que le demandeur pourrait obtenir sans la maladie dans la profession exercée jusqu'ici et le revenu pouvant raisonnablement être réalisé dans la nouvelle profession.

D. _____ Assurance a évalué le taux d'invalidité comme il suit

:

Revenu sans invalidité en 2008 :	fr. 80'509.00
Avec indexation	fr. 80'643.40
Revenu d'invalidé	
ESS 2006 niveau 4	fr. 4'798.00
Durée hebdomadaire 41.7	fr. 5'002.00
Avec indexation	fr. 61'774.30
Abattement	10 %
Revenu d'invalidé	fr. 55'596.90

D'où un taux d'invalidité de 31.06 %.

En conséquence, D. _____ Assurance informait l'assuré que dès le 1er août 2009, elle verserait une indemnité journalière de 66 fr. 17 (30 % de 220 fr. 57 jusqu'au 4 mars 2010).

Le 31 mars 2009, le conseil de l'assuré a écrit à l'assurance que son client faisait tout ce qu'il pouvait faire puisqu'il avait demandé des mesures de reclassement à l'assurance invalidité.

Le 8 juillet 2009, le conseil de l'assuré a informé l'assurance que son client a fait plusieurs démarches de stage dans le but de voir vers quelle profession adaptée à ses handicaps il pourrait s'orienter mais sans résultat. Il demandait en conséquence à l'assurance de lui confirmer qu'elle allait indemniser l'assuré normalement dès lors que celui-ci avait fait preuve de bonne volonté pour sa réadaptation.

Le 14 juillet 2009, l'assurance a répondu que l'expert estimait que l'assuré était apte à reprendre une activité professionnelle à 100 % mais dans une activité adaptée à son état de santé. Elle précisait que dès lors, conformément à la jurisprudence constante en la matière, elle lui a accordé un délai de quatre mois à compter du 1er avril 2009 pour trouver un travail adapté. À défaut, selon elle, l'assuré devait s'inscrire auprès de l'assurance-chômage ou éventuellement s'adresser à un office de réadaptation privé. Elle confirmait donc sa correspondance du 11 mars

2009, soit qu'elle verserait une indemnité journalière réduite dès le 1er août 2009.

C. Par demande du 26 août 2009, R._____ a conclu avec dépens à ce que D._____ Assurance soit reconnue sa débitrice d'indemnités journalières de 220 fr. 57, avec intérêt moratoire de 5 % l'an dès le 1er août 2009, et dans le cadre de la durée contractuelle prévue.

Par réponse du 25 septembre 2009, D._____ Assurance a conclu à libération.

Par arrêt du 22 décembre 2009, la Cour de céans a admis le recours formé par R._____ et annulé la décision rendue le 30 janvier 2009 par l'OAI pour que celui-ci examine le droit du demandeur à des mesures de réadaptation d'ordre professionnel. Le degré d'invalidité retenu était de 22.73%. La question de l'abattement, sans importance sur l'issue du litige, n'a pas été examinée.

A la suite de cet arrêt, l'OAI a informé le demandeur que le droit à l'orientation professionnelle était ouvert. Par communication du 16 juillet 2010, l'OAI a informé l'assuré de l'octroi d'indemnité journalière d'attente dès le 9 septembre 2010.

Le 12 septembre 2011, D._____ Assurance s'est déterminée après avoir examiné les pièces du dossier assurance invalidité.. Elle écrit qu'elle a fixé le taux d'incapacité de gain à 30% tenant compte d'un abattement pour « handicap » de 10%. Elle explique qu'en conséquence, les indemnités journalières ont été réduites à 30% à partir du 1er août 2009 et versées jusqu'au 4 mars 2010, date de fin du droit aux prestations.

Le 4 octobre 2011, le demandeur a répondu que la question à examiner était de savoir s'il avait fait les efforts que l'on pouvait raisonnablement exiger de lui pour travailler et pour, dans une autre

activité que celle qui avait été la sienne jusque-là, tiré parti de sa capacité résiduelle du travail ou si, au contraire, il n'avait pas fait ces efforts.

Le 13 octobre 2011, l'assurance a répondu que la jurisprudence n'exigeait pas la concrétisation des recherches effectives de l'assuré.

E n d r o i t :

1. a) Le contrat d'assurance litigieux 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).

Le 20 mai 1996, le Grand Conseil avait adopté le Décret relatif à l'attribution au Tribunal cantonal des assurances de la compétence du contentieux des assurances complémentaires à l'assurance-maladie (DTAs-AM; ancienne référence RSV : 173.431). Cela visait, précisément, les assurances complémentaires selon la LCA telles que l'assurance collective d'indemnité journalière en cas de maladie proposée par la défenderesse. Après que la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a remplacé, le 1er janvier 2009, l'ancien Tribunal des assurances, le décret de 1996, alors toujours en vigueur, a été interprété dans le sens que cette Cour du Tribunal cantonal était compétente pour traiter ce contentieux, en appliquant sur le plan formel les règles de procédure administrative (cf. JT 2009 III 106).

Le 16 décembre 2009, le Grand Conseil a adopté le Décret 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. Ce nouveau décret, qui a pour

seul objet d'abroger le décret de 1996, est entré en vigueur le 1er janvier 2011. Ainsi, depuis le 1er janvier 2011 dans le canton de Vaud, les contestations de droit privé qui s'élèvent entre les entreprises d'assurance et les assurés relèvent de la compétence du juge ordinaire (cf. art. 85 al. 1 LSA [loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance, RS 961.01]) et la législation de procédure civile s'applique.

Néanmoins, les anciennes règles de compétence et de procédure s'appliquent lorsque la demande a été introduite avant le 1er janvier 2011 (cf. art. 404 CPC [code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272]). Tel est le cas en l'espèce. Il appartient donc à la Cour de céans de statuer.

b) En ce qui concerne la valeur litigieuse, celle-ci se détermine par la différence entre l'indemnité journalière de 100 %, soit 220 fr. 57 et l'indemnité journalière de 30 %, soit 66 fr.17, cette différence étant de 154 fr. 40, multipliée par 216 représentant le nombre de jours entre le 1er août 2009 et le 4 mars 2010, fin incontestée de la durée des prestations de l'assurance. Cette somme est de 33'350.40 fr. Dès lors, la valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., et valablement introduite en la forme, la cause 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. 1 LCA) et en conditions particulières, lesquelles font partie intégrante du contrat (Brulhart, loc. cit.).

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 il doit procéder d'office, est convaincu que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérant 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, 2e éd., p. 274; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3e 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).

b) Selon l'art. 1 CGA (conditions générales d'assurance), la LCA s'applique pour les questions qui ne sont pas réglées par les dispositions contractuelles ou par les CGA elles-mêmes.

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).

c) En l'occurrence, le demandeur ne conteste pas qu'il dispose d'une capacité de travail complète dans une activité adaptée. Il soutient en revanche avoir fait tout ce qu'il pouvait pour retrouver une profession adaptée à son état. Il en veut pour preuve qu'il s'est annoncé à l'assurance-invalidité, par un formulaire de détection précoce, en vue de

sa réadaptation. Sa démarche a, du moins dans un premier temps, été inutile puisque des mesures de réadaptation ont été refusées. Il déduit de ses démarches que l'art. 61 al. 2 LCA ne lui serait pas applicable.

La défenderesse se fonde sur l'obligation de l'assuré de diminuer le dommage. Elle expose que la jurisprudence n'exige pas que seuls les revenus effectivement réalisés soient pris en compte. Le délai de trois à cinq mois accordé pour permettre à l'assuré de prendre toutes dispositions utiles exclut que l'assurance, à l'échéance du délai, renonce à réduire ou à refuser ces prestations dans le cas où l'assuré n'aurait pas trouvé d'emploi adapté.

Force est de constater que la défenderesse s'est conformée à la jurisprudence : le 11 mars 2009, elle a avisé le demandeur qu'elle cesserait le versement des indemnités à 100% dès le 1^{er} août 2009, soit plus de quatre mois plus tard. Au regard de la jurisprudence, ce délai doit être considéré comme adéquat.

Il faut relever que l'octroi d'indemnités journalières d'attente par l'assurance-invalidité ne modifie pas cette appréciation dans la mesure où la décision d'octroi est postérieure à la fin de l'échéance contractuelle de prestations, soit le 4 mars 2010, date incontestée.

C'est donc à juste titre que l'assurance a cessé de verser l'indemnité journalière complète dès le 1^{er} août 2009.

En ce qui concerne le taux de 30% appliqué par la défenderesse, il n'est pas contesté par le demandeur et n'a donc pas à être examiné dans le cadre du présent arrêt.

3. a) Il résulte de ce qui précède que les conclusions prises par le demandeur contre la défenderesse, selon demande du 26 août 2009, doivent être rejetées.

b) Il ne sera pas perçu de frais de justice, la procédure étant gratuite (art. 85 al. 3 aLSA, applicable ratione temporis en l'espèce en vertu de l'art. 404 al. 1 CPC; cf art. 113 al. 2 let. f CPC). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, ni au demandeur, qui succombe, ni à la défenderesse, qui a procédé sans l'assistance d'un mandataire et n'a donc pas dû engager de frais pour défendre ses intérêts (art. 55 LPA-VD, applicable par analogie en vertu de l'art. 109 al. 1 LPA-VD).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I. Les conclusions prises par le demandeur R. _____ contre la défenderesse D. _____ Assurance, selon demande du 26 août 2009, sont rejetées.

- II. Il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Fédération suisse pour l'intégration des handicapés, Service juridique (pour R. _____),
- D. _____ Assurance,

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 :