

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Jugement du 8 août 2011

Présidence de Mme DI FERRO DEMIERRE

Juges : Mme Thalmann et M. Métral

Greffière : Mme Donoso Moreta

Cause pendante entre :

W._____, à Fey, demanderesse, représentée par Me Jean-Pierre Bloch,
avocat à Lausanne

et

R._____, à Lausanne, défenderesse

Art. 102 ss CO ; 3 al. 1 LCA ; 12 al. 3 LAMal ; 85 LSA

E n f a i t :

A. **a)** W._____ (ci-après : l'assurée ou la demanderesse), née le 11 août 1950, était employée par la société X._____ SA à [...] depuis le 14 août 2006 en qualité d'assistante de gérance technique, à un taux d'activité de 100% depuis le 1^{er} septembre 2006.

Un contrat d'assurance collective pour perte de salaire en cas de maladie avait été conclu par cet employeur en faveur de ses collaborateurs, avec effet au 24 mars 2007, auprès de la R._____ (ci-après : la R._____ ou la défenderesse). Ce contrat était régi par les conditions générales d'assurance (CGA) du 1^{er} juillet 2005, par des conditions particulières (CP), ainsi que par LCA. Il prévoyait, en cas d'incapacité de travail due à la maladie, le versement du 80% du salaire journalier AVS après un délai d'attente de 30 jours, pour une durée maximale de 730 jours par cas de maladie. Le délai d'attente était imputé sur la durée maximale des prestations.

b) Le 31 janvier 2008, X._____ SA a résilié le contrat de travail de l'assurée avec effet au 30 avril 2008, à cause d'une réorganisation de son activité et d'une réduction de son personnel. En date du 30 avril 2008, X._____ SA a annoncé à la R._____ que l'assurée était incapable de travailler pour cause de maladie depuis le 18 avril 2008. Il ressort des décomptes établis les 26 mai, 23 juin et 21 juillet 2008 que la R._____ a dans un premier temps versé à l'assurée des indemnités journalières d'un montant de 145 fr. 40, basées sur un taux d'incapacité de travail de 100%, pour la période du 18 mai 2008 (échéance du délai d'attente) au 31 juillet 2008, soit durant 75 jours.

B. Entre-temps, la R._____ a pris connaissance d'une décision rendue le 1^{er} avril 2008 par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : l'OAI) concernant l'assurée, qui avait déposé le 2 août 2006 une demande AI pour des problèmes de dos. Cette décision rejette

tout droit de l'assurée à des prestations de l'AI, au motif que l'exercice d'une activité de secrétaire de gérance est entièrement compatible avec son atteinte à la santé. Lors de l'instruction du cas, l'OAI avait disposé des documents et rapports médicaux suivants :

a) un questionnaire pour employeur daté du 31 octobre 2006, duquel il ressort que l'assurée a travaillé en tant que secrétaire réceptionniste pour le compte de la société T. _____ SA de 2001 à fin août 2006 sans avoir présenté d'incapacité de travail de longue durée les trois dernières années ;

b) un questionnaire pour employeur daté du 12 février 2007, duquel il ressort que l'assurée avait trouvé un nouvel emploi le 14 août 2006 auprès de X. _____ SA, qui a également attesté à l'OAI que l'assurée n'avait pas présenté d'incapacité de travail et que son rendement était normal ;

c) un rapport du Dr Z. _____, spécialiste FMH en chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil locomoteur, daté du 20 novembre 2006, qui contient notamment ce qui suit :

« Diagnostics ayant des répercussions sur la capacité de travail : Cervico-dorso-lombalgies chroniques. Troubles statiques cervicodorso-lombaires : spondylodiscarthrose principalement L3-L4, L4-L5, L5-S1, séquelles plurisegmentaires de Scheuermann dorsal. Gonalgies sur troubles dégénératifs du genou droit. Entésopathie calcifiante péri-trochantérienne droite. Status après intervention sur hernie discale L4-L5. Depuis 02, neuro-stimulateur vertébral en D9-D10.

[...]

Intervention chirurgicale sur une hernie discale L4-L5 à la suite d'une chute à ski. En raison de l'intensité des lombalgies en 02-03, implantation d'une neurostimulation dorso-lombaire avec amélioration des lombalgies, étant donné que les puissants analgésiques restaient sans effet. Scanner lombaire demandé par son médecin traitant le Dr Y. _____ en mars 04 qui met en évidence des altérations dégénératives disco-vertébrales étagées, une arthrose postérieure, un canal rétréci avec ces protrusions discales plurisegmentaires de L2 à S1, avec un rétrécissement du canal spinal en L3-L4, un status après laminectomie L4-L5 avec un canal rétréci aussi en L4-L5 par l'arthrose postérieure. Nombreuses séances de physiothérapie au printemps 05, en 06 aussi. Traitement

par chiropractie à de nombreuses reprises. Prise de Voltarène 100, de Valium.

Actuellement, lombalgies bien améliorées par la neuro-stimulation, comme les douleurs antérieures à la cuisse gauche. Douleurs au genou droit aussi. »

Selon ce praticien, l'assurée ne pouvait plus travailler dans son activité habituelle, en raison de la fatigue engendrée par les douleurs. Il relevait également que l'activité de secrétaire à 100% était adaptée. Il émettait finalement un pronostic réservé sur l'évolution de l'état de santé de l'assurée, celle-ci estimant ne plus pouvoir travailler du tout ;

d) un rapport 2 janvier 2007 du Dr Y._____, spécialiste FMH en médecine interne, qui retient une capacité de travail de 50% dans l'activité habituelle de l'assurée et qui indique notamment ce qui suit :

« Cette patiente de 56 ans souffre d'un syndrome douloureux chronique persistant qui évolue depuis environ 15 ans. Une opération pour hernie discale en 1991 a amélioré passagèrement la situation, mais il persiste d'importants troubles dégénératifs sous forme de discopathies étagées et sténose canalaire. La patiente consomme constamment des AINS et antalgiques ainsi que des myorelaxants (Valium), malgré une certaine amélioration depuis l'implantation d'un stimulateur médullaire fin 2003. Objectivement, il faut admettre qu'il sera difficile d'exiger une activité à temps complet pour les dernières années de sa vie professionnelle. L'importance du tableau clinique justifie à mon avis l'octroi d'une rente AI à 50%. » ;

e) un rapport du Service médical régional de l'AI (ci-après : SMR) du 17 juillet 2007, dans lequel le Dr B._____, spécialiste FMH en médecine physique et réadaptation, écrit ce qui suit :

« Résumé : assurée âgée aujourd'hui de 57 ans, présentant un syndrome douloureux chronique lombaire évoluant depuis plus de 15 ans sur un status après cure de hernie discale L4-L5 en 1991. L'assurée a bénéficié depuis cette époque de plusieurs traitements conservateurs myorelaxants, anti-inflammatoires, antalgiques majeurs. En 2003, un neurostimulateur est implanté avec un excellent effet sur le plan antalgique. Sur la base des documents mis à disposition du dossier médical, nous n'avons trouvé aucune trace d'incapacité de travail chez cette assurée. Sur la base des certificats employeurs, cette assurée a toujours travaillé à un taux de 100% avec un plein rendement. En conclusion : même si nous nous

trouvons en présence d'une assurée qui présente des troubles dégénératifs avancés du rachis associés à une gonarthrose bilatérale, l'activité habituelle (secrétaire de gérance) est tout à fait compatible avec les limitations fonctionnelles établies. Le phénomène algique chronique semble être parfaitement maîtrisé par les traitements mis en route jusqu'à ce jour. Preuve en est, l'assurée a toujours exercé sa profession à un taux de 100% sans diminution de rendement. »

C. En date du 26 mai 2008, comme l'incapacité de travail de l'assurée se prolongeait, la R. _____ a adressé à l'OAI le formulaire de communication "Détection précoce". Il ressort du rapport d'évaluation établi par l'OAI le 18 juin 2008 que la résiliation des rapports de travail était due, selon l'assurée, à ses problèmes de santé, alors que selon les courriers successifs de l'employeur, la résiliation était intervenue suite aux différentes remarques qui avaient été adressées à l'assurée sur son travail et sur son manque d'amélioration ainsi que, par la suite, en raison de la restructuration de la société. Par ailleurs, l'assurée indiquait qu'elle s'estimait capable de reprendre son activité de secrétaire à 50%. Le 27 juin 2008, l'OAI a signalé à l'assurée que le dépôt d'une nouvelle demande AI n'était pas indiqué, sa capacité de travail étant de 100% et que la perte de son emploi ne relevait dès lors pas de l'assurance-invalidité mais de l'assurance-chômage.

D. a) Par courrier du 21 juillet 2008, la R. _____ a informé l'assurée que, l'assurance-invalidité l'ayant estimée apte à exercer une activité professionnelle à 100%, les indemnités journalières ne lui seraient versées que jusqu'à fin juillet 2008, soit jusqu'à la fin de ses rapports de travail.

b) Compte tenu de la fin des rapports de travail et du délai de protection découlant de la maladie d'avril 2008, l'assurée a été mise, à partir du 1^{er} août 2008, au bénéfice d'un contrat individuel de libre-passage lui permettant de percevoir, durant une éventuelle incapacité de travail, une indemnité journalière équivalente à celle prévue dans le contrat collectif, soit 145 francs. Ce contrat individuel est régi par les

conditions générales du 1^{er} juillet 2005 (ci-après : CGA), par une convention particulière, ainsi que par la LCA. Les conditions générales stipulent notamment que la R._____ couvre, aux conditions du contrat, une indemnité journalière en cas d'incapacité de travail due à une maladie et attestée par un médecin. Elles disposent également que "est incapable de travailler la personne qui, en raison d'une maladie, ne peut exercer son activité professionnelle habituelle, ou, si l'incapacité dure un certain temps, reste dans l'impossibilité d'exercer toute autre activité raisonnablement exigible, eu égard à son état de santé et à ses aptitudes" (art. 2.1 CGA). Elles prévoient en outre que l'indemnité journalière est versée durant une période maximale de 730 jours par cas de maladie, les jours durant lesquels l'assurée a bénéficié de l'assurance collective de son ancien employeur étant imputés sur cette durée.

c) Dans un rapport de CT lombaire du 8 mai 2008, le Dr B.T._____, spécialiste FMH en radiologie, fait état d'une discarthrose des trois derniers étages intersomatiques lombaires associée à une arthrose postérieure des deux derniers étages prédominant à gauche, d'une hernie discale aérique bilatérale L5-S1, la composante aérique étant a priori contre un composant compressif, d'un débord ostéophytique postérieur L5-S1 droit arrivant au contact de l'émergence de la racine S1 droite, et d'un rétrécissement foraminaux significatif L4-L5 bilatéral prédominant autour de la racine L4 gauche. Dans un rapport médical du 13 août 2008, le Dr N._____, spécialiste FMH en neurologie, se basant sur le rapport du Dr B.T._____ du 8 mai 2008, relève que cet examen ne révèle pas de signes certains d'une atteinte neurogène périphérique dans l'ensemble des muscles examinés au niveau des deux membres inférieurs et dépendant des myotomes L3-S1.

d) Dans un courrier adressé le 28 août 2008 au Dr Z._____, le Dr L._____, spécialiste FMH en médecine interne et médecin-conseil de la R._____, indique qu'il estime qu'une capacité de travail résiduelle de 50% est raisonnablement exigible de l'assurée depuis le 1^{er} août 2008. Le 5 septembre 2008, le Dr Z._____ a écrit au Dr L._____ qu'il contestait absolument son point de vue, qu'une expertise neutre de

l'assurée était nécessaire et que des investigations étaient en cours dans le service de neurochirurgie du CHUV et dans le service antalgique de l'hôpital de [...]. Il ressort d'une note interne de l'assureur datée du 24 septembre 2008 que le Dr L. _____ a précisé qu'il fallait, dans un premier temps, obtenir les rapports du CHUV et de l'hôpital de [...] (service de la douleur) puis, s'il s'avérait que l'incapacité de travail de l'assurée ne se justifiait pas, organiser le cas échéant une expertise rhumatologique. Suite à cet avis, la R. _____ a écrit le 25 septembre 2008 à l'assurée que les investigations se poursuivaient et que, pour le moment, une pleine indemnité continuerait à lui être allouée.

e) En date du 15 octobre 2008, le Dr L. _____ a examiné un rapport de consultation ambulatoire établi le 26 août 2008 par la Dresse J. _____ et le Dr V. _____, chef de clinique adjoint au service de neurochirurgie du CHUV, qui contient notamment ce qui suit :

« OBJECTIVEMENT

La patiente ne présente pas de déficit sensitivo-moteur au niveau des MI. Lors de l'examen, elle présente effectivement un épisode de crampe au niveau du droit antérieur. Celui-ci se relâche lorsque la patiente est au repos. Les réflexes sont vifs et symétriques. Les RCP sont en flexion ddc. La marche est sans particularité. Marche sur les talons et les pointes possible ddc. Test de l'escabeau effectué sans aide ddc. La flexion monopodale est non réalisée ddc. Lasègue négatif ddc.

L'élévation de la cuisse est cependant difficile en raison de douleurs lombaires. Pas de douleur à la palpation, ni à la percussion des épineuses. Présence d'un neurostimulateur sous-cutané en abdominal avec le fil visible et palpable au niveau dorsal.

APPRECIATION

Mme W. _____ présente des épisodes de spasmes quadricipitaux unilatéraux G depuis 2 ans. Le CT-Scan lombaire montre, selon le rapport en notre possession, un rétrécissement foraminal L4-L5 G prédominant autour de la racine L4 G. Nous n'arrivons cependant pas à mettre en évidence un syndrome mono-radicaire L4 G typique, vu la douleur localisée uniquement sur la face proximale du quadriceps. Nous préconisons de prescrire à la patiente un traitement de Magnésium et nous allons réadresser la patiente au Dr. H. _____ à l'Hôpital de [...] pour qu'il effectue malgré tout une infiltration radicaire L4 G à titre de test thérapeutique et diagnostique. La patiente reprendra contact avec nous après cette infiltration si la symptomatologie persiste. »

f) Dans un courrier du 4 novembre 2008 au Dr Z._____, le Dr L._____ déclare que, sur la base de la documentation médicale aussi bien neurologique que neurochirurgicale, il peut affirmer qu'il existe une capacité de travail résiduelle ; en effet, il n'existe aucune répercussion neurologique périphérique et les tests de la mobilité effectués sont encore satisfaisants. Des activités comprenant la position assise, des déplacements modérés et surtout la possibilité de pouvoir alterner les positions lui paraissent réalistes, raisons pour lesquelles il maintient son point de vue, à savoir qu'il existe une capacité de travail d'au moins 50% depuis le 1^{er} août 2008.

Le 14 novembre 2008, le Dr Z._____ a adressé un courrier à la R._____ dans lequel il qualifie l'appréciation du Dr L._____ d'arbitraire, ce dernier fixant à l'assurée une reprise du travail à 50% à partir du 1^{er} août 2008, sans s'être entretenu avec elle et sans l'avoir examinée, alors que les médecins qui la suivent régulièrement, comme lui-même, ont fixé une incapacité de travail de 100% dès le 18 avril 2008. Le Dr Z._____ explique également que sa patiente s'est rendue dans le service de médecine de la douleur auprès du Dr H._____ à [...], mais que le traitement entrepris par ce médecin est resté sans effet sur les douleurs, raison pour laquelle il a été conseillé à l'assurée de reprendre contact avec le service de neurochirurgie du CHUV.

g) Dans un rapport adressé le 2 décembre 2008 au Dr Z._____, la Dresse J._____ et le Dr I._____ du service de neurochirurgie du CHUV déclarent que l'assurée présente une claudication neurogène prédominant au membre inférieur gauche. Concernant sa capacité de travail, ces médecins estiment ne pas pouvoir la juger de façon adéquate avant de disposer du CT-scan lombaire du 8 mai 2008. Toutefois, ils déclarent qu'ils soutiendront la décision du Dr Z._____ si ce dernier retient que la souffrance de l'assurée est trop grande pour une reprise à 100% de son travail.

E. **a)** Par projet de décision du 3 décembre 2008, confirmé par une décision du 2 février 2009, l'OAI a prononcé une non-entrée en matière sur une nouvelle demande de rente présentée par l'assurée en date du 28 octobre 2008, au motif que les documents fournis par l'assurée n'objectivaient aucune aggravation de son état de santé et que son activité de secrétaire de gérance était compatible avec ses problèmes de dos. Ce projet se basait sur un avis du Dr C._____ du SMR, qui retenait ce qui suit le 1^{er} décembre 2008 :

« Assurée de 58 ans, secrétaire dans une gérance. Un refus de rente a été prononcé en 2007 suite à un rapport médical SMR daté du 17.06.07. Les documents fournis et notamment l'examen approfondi réalisé par les Dr J._____ et Dr V._____, chef de clinique en neurochirurgie du CHUV n'objectivent pas une réelle aggravation de l'atteinte dégénérative au niveau du rachis de cette assurée au cours des 12 derniers mois. Ils donnent ou ne mentionnent pas une incapacité de travail et leur avis permet de maintenir les mêmes limitations fonctionnelles que celles mentionnées en 2007 dans le rapport médical SMR.

L'activité de secrétaire en entreprise comme par exemple dans une gérance est une activité parfaitement adaptée. »

b) Se basant sur le projet de décision de l'OAI et sur les conclusions de l'instruction AI et après avoir admis de verser des indemnités journalières à l'assurée, au titre de l'assurance de libre passage, à 100% pour la période du 1^{er} août 2008 au 31 octobre 2008 (92 jours à 145 fr.), puis à 50% du 1^{er} novembre 2008 au 31 décembre 2008 (61 jours à 72 fr. 50), la R._____ a, par courrier adressé le 16 décembre 2008 à l'assurée, confirmé qu'elle lui refusait tout droit à d'autres prestations dès le 1^{er} janvier 2009. Dans une note interne du 16 janvier 2009, le Dr L._____ a déclaré avoir pris note que l'investigation neurologique était en cours au CHUV tout en restant convaincu que la R._____ avait raison dans cette affaire.

c) Dans un rapport médical du 23 avril 2009, la Dresse J._____ atteste ce qui suit :

« Pour faire suite à la demande de Mme W._____, venue en consultation ambulatoire le 21 avril 2009, j'atteste par la présente que Mme W._____ est suivie à notre consultation et qu'elle est

toujours dans l'incapacité de reprendre son activité professionnelle actuellement.

Mme W._____ présente donc des lombalgies chroniques ainsi qu'une claudication monoradiculaire L4 à gauche, relativement invalidante, qui ne lui permettent pas de reprendre son travail actuellement. L'examen radiologique récent (myélographie complétée par un myélo-CT), associée à une discopathie plurisegmentaire une compression monoradiculaire L4 à gauche. Malgré la présence de la dégénérescence avancée du rachis lombaire, mais vu l'absence de déficit sensitivomoteur au niveau des membres inférieurs, on ne retient pas l'indication à une sanction neurochirurgicale pour l'instant.

Nous avons proposé à Mme W._____ un traitement conservateur avec repos, antalgiques et anti-inflammatoires. »

Les documents d'imagerie médicale récents auxquels fait référence la Dresse J._____ sont une sacco-radiculographie et un myelogramme lombosacré du 9 mars 2009, qui concluent à une amputation de la racine L4 gauche, des troubles statiques et dégénératifs lombaires plurisétagés, une compression de la racine L4 gauche, possible au niveau du disque L3-L4 et/ou du foramen L4-L5 gauche, et d'un kyste pararadiculaire en rapport avec la racine S2 gauche.

d) Une note interne du 28 mai 2009 indique que le Dr L._____ a pris connaissance du rapport du CHUV et qu'il estime que l'assurée est capable de travailler à 100%. Par courrier du 29 mai 2009 adressé au conseil de l'assurée, Me Jean-Pierre Bloch, avocat à Lausanne, la R._____ a déclaré que le Dr L._____ avait à nouveau examiné l'ensemble des documents médicaux en sa possession et qu'il estimait toujours que, avec l'affection dont souffre l'intéressée, une capacité de travail à 100% était raisonnablement exigible de sa part, d'autant plus qu'elle exerçait une activité professionnelle ne demandant pas d'effort physique particulier. En conséquence, l'incapacité de travail n'était pas justifiée médicalement. A ce sujet, la R._____ renvoyait à l'instruction du dossier faite par l'assurance-invalidité.

F. a) Le 19 août 2009, W._____, par l'intermédiaire de son conseil Me Bloch, a adressé une demande au Tribunal civil

d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois et a produit une décision lui octroyant le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 1^{er} juillet 2009. Elle conclut à ce que la R._____ soit condamnée à lui verser un montant de 34'075 fr., intérêts à 5% en sus, dès le 31 janvier 2009. La demanderesse soutient en effet qu'elle présente une incapacité de travail de 50% au moins et qu'elle doit donc continuer à bénéficier des indemnités journalières pour perte de gain de son assureur. A l'appui de sa demande, elle a notamment produit une décision du Service de l'emploi qui lui reconnaît une aptitude au placement de 50% dès le 16 juin 2009, sur la base d'un certificat du Dr Z._____ indiquant une capacité de travail de 50% dès le 16 juillet 2009.

Le 2 septembre 2009, la défenderesse a adressé une requête de déclinaoire au Tribunal civil d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, à laquelle la demanderesse a déclaré ne pas s'opposer. Par jugement incident du 18 novembre 2009, le Président du Tribunal civil d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a prononcé le déclinaoire *ratione materiae* et a transmis la cause en l'état à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal.

b) Dans sa réponse du 25 mars 2010, la défenderesse a conclu au rejet de la demande, au motif que la demanderesse possède une pleine capacité de travail, comme il ressort des décisions de l'OAI des 1^{er} avril 2008 et 2 février 2009, ainsi que de l'étude "longue et exhaustive" faite du dossier de la demanderesse par le Dr L._____.

c) Dans sa réplique du 31 mai 2010, la demanderesse a formellement contesté le fait que la cessation du versement des indemnités journalières par la défenderesse soit justifiée, tout en niant le caractère exhaustif de l'étude du dossier faite par le Dr L._____.

d) Dans sa duplique du 8 juin 2010, la défenderesse a requis que soit ordonnée la production du dossier de l'AI, spécialement de ses pièces postérieures au 9 février 2009. Le dossier AI ayant été produit le 8

juillet 2010, les parties n'ont pas formulé de remarques particulières à ce sujet dans leurs courriers respectifs des 29 juillet et 23 septembre 2010.

e) Dans un courrier du 15 juillet 2011, Me Bloch a renoncé au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, car il s'est avéré que la demanderesse était au bénéfice d'une assurance de protection juridique qui a accepté d'entrer en matière.

E n d r o i t :

1. a) Conformément à l'art. 12 al. 3 LAMal (loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie ; RS 832.10), les assurances complémentaires pratiquées par les caisses-maladie en plus de l'assurance maladie sociale ne sont pas soumises à la LAMal, mais sont régies par le droit des assurances privées, à savoir par la LCA (loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance ; RS 221.229.1). Sont réputées assurances complémentaires au sens de l'art. 12 al. 3 LAMal toutes les couvertures d'indemnités journalières en cas de maladie soumises à la LCA (TF K 95/1999 du 24 juin 1998, consid. 4b, in: JT 1999 III 106 ss ; Fonjallaz, Compétence et procédure en matière de contentieux des assurances complémentaires à l'assurance-maladie, in : JT 2000 III 79 ss ; Ritter, Le contentieux de l'assurance-maladie privée en cas de perte de gain : Droit fédéral et compétences cantonales, in : Colloques et journées d'études 1999-2001, éd. IRAL, Lausanne 2002, p. 763 ss). Tel est le cas du contrat d'assurance invoqué en l'espèce.

b) 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 de la compétence de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal (cf. JT 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 précité). Toutefois, la compétence conférée en application de l'ancien droit est maintenue (cf. art. 404 al. 2 CPC), de sorte que la présente cause, introduite par demande du 19 août 2009, ressortit à la compétence de la cour de céans.

c) Quand bien même il s'agit d'une cause civile, sont applicables les règles de procédure prévues pour l'action de droit administratif (cf. JT 2009 III 43), au sens des art. 106 ss LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36).

2. Pour les contestations de droit privé relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal qui sont de la compétence du juge (art. 85 al. 1 LSA [loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance ; RS 961.01] ; ATF 124 III 44, consid. 2a ; 123 V 324, consid. 3a), l'art. 85 al. 2 LSA, en vigueur au moment du dépôt de la demande, prescrit une procédure simple et rapide dans laquelle le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves.

En matière de preuve, qu'il s'agisse d'un litige relatif à la survenance d'un cas d'assurance ou à l'étendue de la prétention, la règle générale de l'art. 8 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210) (obligation de la partie de prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit) s'applique. En ce qui concerne une incapacité de travail, la preuve appartient à l'assuré. Ce dernier a le plus souvent recours à un certificat médical qui atteste de l'incapacité de travail. En cas de doute sur l'existence de l'incapacité de travail, il appartient à l'assureur d'apporter la

preuve du contraire. Il peut alors demander à l'assuré de se soumettre à un examen médical auprès du médecin-conseil ou d'un autre médecin.

A cet égard, l'art. 8 CC est violé quand le juge n'administre pas sur des faits pertinents les preuves adéquates offertes régulièrement selon le droit cantonal, alors qu'il ne considère l'allégation desdits faits ni comme exacte, ni comme réfutée. Cette disposition n'exclut toutefois ni la preuve par indices, ni l'appréciation anticipée des preuves, le juge pouvant rejeter les offres de preuve d'une partie s'il arrive à la conclusion qu'elles ne seraient pas propres à démontrer le fait à prouver ou parce que sa conviction est déjà assise sur les preuves rassemblées, de manière que le résultat de leur appréciation ne puisse plus être remis en question (TF 4C.305/2000 du 22 mars 2001).

Ainsi, dans une cause relevant de l'assurance perte de gain LCA, le juge se doit d'administrer tous les moyens de preuve nécessaires à l'établissement des faits. Conformément à la maxime inquisitoire sociale, le juge n'est pas lié à l'offre de preuve des parties et doit tenir compte des faits juridiquement pertinents, même si les parties ne les ont pas invoqués. Toutefois, lorsque des faits sont admis, ou à tout le moins lorsqu'ils ne sont pas contestés, le juge n'a pas à procéder à un complément d'instruction (TF 5C.134/2004 du 1^{er} octobre 2004).

Comme l'a précisé le Tribunal fédéral des assurances dans sa jurisprudence relative à l'appréciation des preuves dans le domaine médical, le principe de la libre appréciation des preuves signifie que le juge les apprécie librement, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse. Dès lors, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Si les rapports médicaux sont contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, il importe que les points

litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description des références médicales soit claire et enfin que les conclusions de l'expert soient bien motivées (ATF 125 V 351, consid. 3a ; 122 V 157, consid. 1c et les références citées ; TF 4A_253/2007 du 13 novembre 2007 ; TFA I 507/03 du 15 janvier 2004, consid. 5.1).

3. 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^{er} LCA) et en conditions particulières, lesquelles font partie intégrante du contrat (Brulhart, loc. cit.).

En l'espèce, selon l'art. 2.1 CGA, est incapable de travailler la personne qui, en raison d'une maladie, ne peut exercer son activité professionnelle habituelle, ou, si l'incapacité dure un certain temps, reste dans l'impossibilité d'exercer toute autre activité raisonnablement exigible eu égard à son état de santé et à ses aptitudes. L'art. 16.6 prévoit que la R._____ est habilitée à contrôler ou faire contrôler le bien-fondé de l'incapacité de travail par les moyens qu'elle jugera utiles, dans le respect de la sphère personnelle de l'assuré. Selon l'art. 16.7, la R._____ se réserve le droit de faire examiner, à ses frais, l'assuré par un médecin de son choix. L'assuré perd son droit aux prestations s'il ne se soumet pas à un tel examen.

4. a) Par décision du 1^{er} avril 2008, l'OAI a refusé d'allouer des prestations à la demanderesse. Le 2 février 2009, l'OAI a refusé d'entrer en matière sur la nouvelle demande de prestations présentée par l'assurée. Le refus de la défenderesse de continuer à verser des indemnités journalières se fonde notamment sur l'instruction effectuée par l'OAI. En effet, la défenderesse a notamment écrit le 21 juillet 2008 (cf. supra, let. D.a) que, l'assurance-invalidité ayant estimé l'assurée apte à exercer une activité professionnelle à 100%, les indemnités journalières ne lui seraient plus versées que jusqu'à fin juillet 2008, soit jusqu'à la fin de ses rapports de travail. Le 16 décembre 2008 (cf. supra, let. E.b), la défenderesse a relevé que, au vu du projet de décision de l'AI rendu le 3 décembre 2008 (cf. supra, let. E.a), dans lequel aucune aggravation de l'état de santé de l'assurée n'était retenue, la capacité de travail de cette dernière restant entière, le droit aux indemnités journalières cesserait à compter du 1^{er} janvier 2009, conformément à l'art. 2.1 CGA. Il faut toutefois relever que l'assureur perte de gain maladie privé n'est pas lié par la décision AI, d'autant plus que l'AI verse ses prestations en cas de maladie de longue durée, ce qui n'est pas le cas la défenderesse (cf. CGA précisément citées par cette dernière).

La première décision de l'AI se base sur le rapport du Dr B._____ du SMR du 17 juillet 2007 (cf. supra, let. B.e), qui relève seulement n'avoir trouvé aucune trace d'incapacité de travail chez cette assurée qui a toujours travaillé à un taux de 100% avec un plein rendement, ce qui signifie que son activité est adaptée à ses problèmes lombaires. En effet, il ressort du questionnaire pour employeur rempli par T._____ SA le 31 octobre 2006 (cf. supra, let. B.a) que l'assurée n'a pas présenté d'incapacité de travail de longue durée les trois dernières années. De même, la société X._____ SA a également attesté à l'OAI en date du 12 février 2007 (cf. supra, let. B.b) que l'assurée n'avait pas présenté d'incapacité de travail et que son rendement était normal.

Pour refuser de verser ses prestations, la défenderesse n'aurait cependant pas dû se baser sur la décision de l'OAI - qui se fonde essentiellement sur les certificats d'employeur et sur le principe qu'il

n'existe pas de période d'incapacité de travail de longue durée -, mais sur des constatations médicales. En effet, les médecins consultés ont, de manière concordante, reconnu que l'assurée souffrait d'un syndrome douloureux chronique persistant qui évolue depuis environ 15 ans, qu'elle a été opérée d'une hernie discale en 1991 et qu'on lui a implanté un stimulateur médullaire fin 2003. Le 20 novembre 2006, le Dr Z. _____ constate que le pronostic est réservé et que l'assurée ne peut plus travailler dans son activité en raison de la fatigue provoquée par les douleurs (cf. supra, let. B.c). Le Dr Y. _____ constate le 2 janvier 2007 que l'assurée ne devrait travailler comme secrétaire qu'à 50% (cf. supra, let. B.d). On relèvera également que l'assurée avait déjà déposé sa demande AI lorsqu'elle a commencé à travailler auprès de X. _____ SA, ce qui explique le fait qu'aucune incapacité de travail n'avait encore été annoncée et que c'est l'assureur perte de gain maladie de cet employeur qui a annoncé le cas à l'OAI le 26 mai 2008, soit deux mois environ après la décision de refus de l'OAI du 1^{er} avril 2008 (cf. supra, let. C). En février 2009, l'OAI a refusé d'entrer en matière sur la nouvelle demande, au motif que l'activité de secrétaire est une activité parfaitement adaptée. Cette décision se base sur le rapport du Dr C. _____ du SMR (cf. supra, let. E.a) qui retient que les documents fournis par l'assurée, et notamment l'examen approfondi réalisé par les Drs J. _____ et V. _____ du CHUV (cf. supra, let. D.e), n'objectivent pas une réelle aggravation de l'atteinte dégénérative au niveau du rachis de l'assurée au cours des 12 derniers mois et ne mentionnent aucune incapacité de travail. Or il convient de relever que ces médecins ne se prononcent pas sur la capacité de travail de l'assurée, puisqu'ils sont en train de l'investiguer (cf. supra, let. E.b et c). Finalement, la défenderesse ne saurait retenir au détriment de la demanderesse le fait que celle-ci fasse tout son possible pour garder son travail et ne pas dépendre de l'AI.

b) La défenderesse base également sa position sur « la longue et exhaustive étude du dossier » faite par son médecin-conseil, le Dr L. _____ (cf. supra, let. F.b). Outre le fait que les conclusions du Dr L. _____ sont très peu motivées et ressortissent la plupart du temps de simples notes de la gestionnaire du dossier, ses constatations médicales

se basent essentiellement sur les décisions de l'AI, dont les médecins ne possédaient pas tous les rapports médicaux concernant l'état de santé de la demanderesse (cf. rapport du CHUV 23 avril 2009 et CT-scan de mars 2009 [cf. supra, let. E.c]). Elles sont de plus contradictoires. Ses conclusions sont dès lors incomplètes, de sorte qu'on ne saurait leur reconnaître valeur probante par rapport aux conclusions des médecins consultés. On relèvera en effet que la défenderesse a versé des indemnités journalières à 100% du 18 mai 2008 (le début de l'incapacité de travail étant le 18 avril 2008) au 31 octobre 2008 (soit durant 75 jours à 145 fr. 40 puis 92 jours à 145 fr.), puis à 50% du 1^{er} novembre 2008 au 31 décembre 2008 (soit 61 jours à 72 fr. 50). Le 28 août 2008, le Dr L. _____ indique que l'incapacité de travail se justifie (cf. supra. let. D.d). Le 24 septembre 2008, il précise qu'il faut attendre les rapports du CHUV, puis, si l'incapacité de travail ne se justifie plus, procéder à une expertise rhumatologique (cf. supra, let. D.d). Le 4 novembre 2008 (cf. supra, let. D.f), le Dr L. _____ retient, sur la base du rapport du CHUV du 26 août 2008 (cf. supra, let. D.e) - qui ne se détermine pas sur la capacité de travail car les investigations sont en cours, mais qui indique qu'il est nécessaire que la patiente consulte le Centre de la douleur à l'Hôpital de [...] -, une capacité de travail de 50%, en se fondant sur le fait qu'il n'y a pas de déficit neurologique et que les tests de la mobilité effectués son satisfaisants, alors que le Dr Z. _____ atteste toujours une totale incapacité de travail et que le médecin-conseil a conscience que des investigations sont toujours en cours. Le 14 novembre 2008 (cf. supra, let. D.f), le Dr Z. _____ a informé le Dr L. _____ que la demanderesse était renvoyée au service de neurochirurgie du CHUV par le Centre de la douleur de [...]. Le 2 décembre 2008, les médecins du CHUV indiquent qu'ils ne peuvent estimer la capacité de travail de l'assurée sans un CT-scan et que cet examen va être mis en route (cf. supra, let. D.g). Le 16 décembre 2008 (cf. supra, let. E.b), la défenderesse, se basant sur le projet de décision AI, dont elle a reçu copie et qui, après un examen sommaire comme le prévoit la procédure dans le cas d'une nouvelle demande AI, refuse seulement d'entrer en matière sur la nouvelle demande (cf. supra, let. E.a), supprime le droit à l'indemnité journalière au 1^{er} janvier 2009. Ce n'est qu'une fois la position de la défenderesse

communiquée à la demanderesse que le médecin-conseil est consulté. Il indique seulement qu'il faut maintenir la position prise par l'assurance-maladie le 16 décembre 2008. Malgré les scanners du 9 mars 2009 et le rapport du CHUV du 23 avril 2009 (cf. supra, let. E.c) qui retient une totale incapacité de travail dans l'activité habituelle en raison des lombalgies chroniques associées à une claudication monoradiculaire L4 à gauche, relativement invalidante, et révélée par les documents d'imagerie, le médecin-conseil maintiendra sa position le 28 mai 2009 dans une note interne de la gestionnaire (cf. supra, let. E.d), sans plus amples explications et malgré le fait que ces éléments n'étaient pas connus de l'OAI avant la décision du 2 février 2009.

Compte tenu de ces éléments, il faut reconnaître que l'assurée présente, depuis le 1^{er} janvier 2009 et jusqu'au dépôt de la demande, une totale incapacité de travail et qu'elle a toujours droit aux indemnités journalières.

5. a) En l'occurrence, le juge ne pouvant juger ultra petita (art. 108 al. 1 LPA-VD), il convient de faire droit aux conclusions de la demanderesse et de fixer le solde qui lui reste dû, à titre d'indemnités journalières, par la défenderesse à 34'075 fr. 50, selon le décompte suivant :

	Jours	Dû	Payé	Différence
Août 2008	31	4495	4495	0
Septembre 2008	30	4350	4350	0
Octobre 2008	31	4495	4495	0
Novembre 2008	30	4350	2175	2175
Décembre 2008	31	4495	2247,50	2247,50
Janvier 2009	31	4495	0	4495
Février 2009	28	4060	0	4060
Mars 2009	31	4495	0	4495
Avril 2009	30	4350	0	4350

Mai 2009	31	4495	0	4495
Juin 2009	30	3263	0	3263
Juillet 2009	31	2247,50	0	2247,50
Août 2009	31	2247,50	0	2247,50
TOTAL				34'075,50

b) Régissant le contrat en cause, la LCA ne contient aucune disposition sur la demeure ou l'intérêt moratoire, de sorte que les art. 102 ss CO (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse, livre cinquième : droit des obligations ; RS 220) sont applicables (art. 100 al. 1^{er} LCA ; TF 5C.177/2005 du 25 février 2006, consid. 1.1). Le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO). Lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour (art. 102 al. 2 CO). L'intérêt moratoire, qui s'élève à 5% l'an (art. 104 al. 1 CO), est dû, dans le cas de la demeure par interpellation, à partir du jour suivant celui où le débiteur a reçu celle-ci (Thevenoz, in : Commentaire romand du Code des obligations I, n. 9 ad art. 104 CO ; TF 5C.177/2005 du 25 février 2006, consid. 6.1).

En l'espèce, le contrat d'assurance ne fixe pas de terme comminatoire pour l'exécution ni ne réserve le droit de le fixer à l'une des parties (cf. art. 102 al. 2 CO). Dès lors, la défenderesse ne doit des intérêts moratoires au demandeur qu'à partir du moment où elle a été interpellée par celui-ci (art. 102 al. 1 CO). Pour qu'il y ait interpellation valable, il suffit que le créancier manifeste clairement de quelque manière - par écrit, verbalement ou par actes concluants - sa volonté de recevoir la prestation promise, sans indiquer les conséquences de la demeure (ATF 129 III 535, consid. 3.2). En l'occurrence, aucun courrier par lequel la demanderesse aurait formellement mis la défenderesse en demeure de s'acquitter de ses obligations contractuelles ne figure au dossier. Il convient dès lors de fixer au 20 août 2009 le *dies a quo* de l'intérêt moratoire, ce qui correspond au

lendemain du dépôt de la demande (Spahr, L'intérêt moratoire, conséquence de la demeure, in : RVJ 1990 p. 372).

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

La demanderesse était au bénéfice de l'assistance judiciaire. Il s'est toutefois révélé, postérieurement au transfert du dossier depuis le Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, qu'elle était au bénéfice d'une assurance de protection juridique qui a accepté d'entrer en matière, de sorte que Me Bloch a renoncé à plaider au bénéfice de l'assistance judiciaire.

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

- I. La demande est admise.

- II. La défenderesse R._____ est débitrice de la demanderesse W._____ de la somme de 34'075 fr. 50 (trente-quatre mille septante-cinq francs et cinquante centimes), avec intérêts à 5% l'an dès le 20 août 2009.

III. La défenderesse R._____ versera à la demanderesse W._____ la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.

IV. Il n'est pas perçu de frais.

V. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Jean-Pierre Bloch, avocat (pour W._____),
- R._____,

par l'envoi de photocopies.

Le jugement qui précède est également communiqué, par courrier électronique, au Service juridique et législatif.

Un appel au sens des art. 308 ss CPC peut être formé dans un délai de 30 jours dès la notification du présent jugement en déposant au

greffe du Tribunal cantonal un mémoire écrit et motivé. Le jugement objet de l'appel doit être joint.

La greffière :