

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Jugement du 30 novembre 2012

Présidence de M. JOMINI
Juges : Mme Pasche et M. Perdrix , assesseur
Greffier : Mme Matile

Cause pendante entre :

U._____, à Nyon, demandeur, représenté par Me Corinne Monnard
Séchaud, avocate à Lausanne,

et

R._____ **ASSURANCES SA**, à Muri bei Bern, défenderesse.

Art. 33, 87 LCA; 404 CPC

E n f a i t :

A. U._____, né en 1951, a conclu le 10 février 2000 avec E._____, SA (ci-après: l'employeur, ou E._____, SA), un contrat-cadre de travail, lui-même devenant un collaborateur temporaire à qui des missions étaient confiées. U._____ a ainsi travaillé comme grutier sur des chantiers, selon des contrats de mission passés avec des entreprises. Il avait déjà été employé comme grutier auparavant.

A l'art. 4.7 du contrat-cadre de travail, il est stipulé ce qui suit:

"Durant la mission, le collaborateur temporaire est assuré contre la perte de gain en cas de maladie. Celle-ci est payée dès le 3^{ème} jour et couvre le 80 % du gain journalier moyen calculé depuis le début de l'année ou de celui de la durée effective du travail si elle est plus courte. L'on se rapportera par ailleurs aux conditions générales d'assurance qui font partie intégrante de ce contrat (voir Mémento n° 1 concernant cette assurance).

Les prestations de l'assurance remplacent l'obligation de verser le salaire selon l'art. 324a CO.

Pour avoir droit aux prestations indiquées ci-dessus, la présentation dans les 3 jours d'un certificat médical valable est obligatoire."

Le "Memento n°1 à l'attention des collaborateurs temporaires concernant les principales dispositions du contrat d'assurance pour perte de gain en cas de maladie", auquel il est fait référence à l'art. 4.7 du contrat-cadre, indique notamment que l'assureur est R._____ Assurances SA. Il donne certaines indications sur la couverture d'assurance et les prestations. Le Memento mentionne par ailleurs les conditions générales du contrat d'assurance, en indiquant qu'un exemplaire de ce document est à la disposition des collaborateurs temporaires dans chaque succursale d'E._____ SA.

E._____ SA a en effet conclu un contrat d'assurance-maladie collective d'indemnités journalières avec la société R._____ Assurances SA (R._____ Assurances SA, à Muri - ci-après: R._____ Assurances SA). Ce contrat (police n° [...]) prévoit notamment ce qui suit, à propos des indemnités (selon un document de synthèse remis par R._____ Assurances SA à U._____ le 9 novembre 2009):

"Cercle des personnes assurées: le personnel temporaire soumis aux conventions collectives étendues.

Indemnité journalière: 80 % du salaire déterminant.

Délai d'attente: le délai d'attente comprend 2 jours sauf pour les CCT qui prévoient un délai différent. Il est calculé par cas.

Durée d'allocation des prestations: les prestations sont allouées au maximum pendant 720 jours après déduction du délai d'attente".

Les conditions générales du contrat d'assurance de R. _____ Assurances SA, pour l'assurance-maladie collective d'indemnités journalières de la loi sur le contrat d'assurance (ci-après: les CGA) règlent notamment le droit aux indemnités journalières (art. 23 ss). Elles contiennent en particulier la clause suivante, à propos des "prestations en cas de maladie/d'accident préexistant(e)" (art. 24):

"[...] Lorsque l'incapacité de travail est causée par la réapparition ou l'aggravation d'une maladie/des séquelles d'un accident notable(s) pour laquelle/lesquelles l'assuré a déjà été traité médicalement avant l'entrée dans l'assurance ou qu'elle résulte des suites d'une infirmité qui existait déjà avant l'entrée dans l'assurance et dont l'assuré avait connaissance, l'indemnité journalière est au maximum versée à l'assuré dans les proportions suivantes:

Durée des rapports de travail chez l'employeur actuel	Durée maximale des prestations par cas
jusqu'à 6 mois	28 jours
jusqu'à 9 mois	42 jours [...]"

Depuis la signature du contrat-cadre de travail avec E. _____ SA, U. _____ est donc une personne assurée au titre de l'assurance-maladie collective. Il ne lui a pas été demandé de fournir un certificat médical au moment de l'affiliation (conformément à ce qu'indique le ch. 4.2 du Memento n° 1), ni de répondre à un questionnaire de santé.

B. Le 29 février 2008, U. _____ a signé avec E. _____ SA un contrat de mission en vertu duquel il s'engageait à travailler pour le compte de l'entreprise de construction A. _____ & Cie SA. Cette mission a débuté le 4 mars 2008.

A partir du 14 octobre 2008, le Dr Z. _____, à Nyon, consulté par U. _____, a attesté d'une incapacité de travail. Il a établi plusieurs certificats médicaux.

A cause de cette incapacité de travail, E._____ SA a demandé à R._____ Assurances SA de verser des indemnités journalières. Le Dr Z._____ a répondu le 8 janvier 2009 à un questionnaire qui lui a été soumis par R._____ Assurances SA (rapport médical sur l'incapacité de travail). Il a mentionné comme diagnostic principal des hernies discales étagées au niveau cervical. Aux questions "L'affection existait-elle déjà avant le 4 mars 2008?, La personne assurée avait-elle connaissance de cette affection avant le 4 mars 2008?", le Dr Z._____ a répondu: "Pas à ma connaissance".

E._____ SA a licencié U._____ pour le 17 janvier 2009.

Le 19 janvier 2009, R._____ Assurances SA a écrit à E._____ SA pour signaler qu'elle avait reçu le rapport du médecin de U._____. Elle a précisé dans cette lettre: "Après étude de son dossier, il s'avère qu'il ne s'agit pas d'une maladie préexistante".

Le médecin-conseil de R._____ Assurances SA a ensuite demandé des rapports médicaux à des spécialistes de la Clinique M._____ à Genève (Centre d'observation médicale de l'assurance-invalidité, COMAI).

Le premier rapport, concernant l'aspect psychiatrique, est daté du 16 avril 2009; il a été rédigé par le Dr K._____, coordinateur médical et psychiatre, et par la Dresse I._____, spécialiste en psychiatrie et en psychothérapie. Il conclut que sur le plan psychiatrique, la reprise du travail peut intervenir dans les meilleurs délais à 100%.

Le second rapport, du 8 mai 2009, rédigé par le Dr K._____ et la Dresse R._____, titulaire d'un diplôme postgrade français en rhumatologie (titre reconnu en Suisse en octobre 2008, selon le registre des professions médicales), expose notamment ce qui suit - sur la base du dossier médical et d'un examen clinique effectué le même jour:

"Diagnostics: Syndrome du tunnel carpien bilatéral; atteinte du nerf cubital au coude bilatérale; rachialgies mécaniques et discopathie C5-C6.

Suggestions pour le traitement: Pour la pathologie neurologique, le traitement est en cours avec une neurolyse du nerf cubital gauche prévue. Les rachialgies entrent dans un contexte probable d'insuffisance musculaire et nécessiteront une réadaptation à l'effort avec en particulier des séances de balnéothérapie. Le traitement antalgique peut être amélioré.

Quelles sont les limitations et les capacités fonctionnelles dans l'emploi habituel en lien avec les diagnostics retenus? Dans l'emploi habituel, dans la mesure où la neurolyse du cubital au coude gauche aura été effectuée, il conviendra d'attendre au minimum six semaines avant la reprise du travail. A cette date, il n'y aura plus de limitations fonctionnelles liées au problème neurologique. Quant aux rachialgies, elles devront faire l'objet d'un traitement spécifique mais n'entraînent pas de limitation de la capacité de travail dans l'emploi habituel. Tout au plus, une diminution de rendement de 20 % peut être envisagée durant le temps de la réadaptation, soit environ trois mois.

[...] Reprise prévue le: Une reprise est envisageable dans deux mois, 100 % horaire et 80 % rendement."

Dans le chapitre "éléments anamnestiques et plaintes", ce rapport retient que l'incapacité de travail est due à des rachialgies aggravées, l'intéressé se plaignant de douleurs interscapulaires et de lombalgies évoluant depuis plus de vingt ans. La symptomatologie douloureuse s'est aggravée, sans circonstances déclenchantes.

C. Le 19 mai 2009, R. _____ Assurances SA a écrit à U. _____ en se référant aux rapports de la Clinique M. _____. Elle en a déduit que l'assuré était en mesure de reprendre son activité professionnelle dans un délai de 8 semaines, soit à partir du 6 juillet 2009. Elle l'a donc informé qu'elle mettrait fin au versement de ses prestations dès le 6 juillet 2009.

D'après un décompte de R. _____ Assurances SA ("résumé des prestations versées"), des indemnités journalières ont été versées à partir du 14 octobre 2008 (avec un délai d'attente de deux jours) jusqu'au vendredi 3 juillet 2009. Ce résumé indique le nombre de jours travaillés. En "jours calendaires" (c'est-à-dire tous les jours du calendrier, y compris les jours de congé), cela représente 262 jours (et partant 260 indemnités journalières, vu le délai d'attente), chaque indemnité journalière se montant à 201 fr. 15.

D. Le Dr Z. _____ a adressé U. _____ au Dr S. _____, spécialiste en médecine physique et réadaptation, en médecine interne

générale et en neurologie, qui l'a examiné le 10 juin 2009. Dans un rapport du 12 juin 2009, le Dr S._____ a attesté d'une incapacité de travail à 100 % jusqu'à la prochaine consultation le 5 août 2009, en fonction des diagnostics suivants: myalgies parascapulaires droites avec irradiation hémifaciale droite chronique; lombalgies récidivantes.

U._____ a communiqué le rapport du Dr S._____ à R._____ Assurances SA, qui l'a reçu le 17 juin 2009. Le 17 juillet 2009, l'assurance lui a répondu qu'elle ne prendrait pas en considération cette attestation d'incapacité de travail, privilégiant l'avis de la spécialiste en rhumatologie de la Clinique M._____, après l'examen du 8 mai 2009.

E. U._____ a repris le travail le 23 novembre 2009, ayant obtenu un nouveau contrat de mission, comme grutier, pour une entreprise de Bulle, par le truchement de P._____ SA.

F. Un mois auparavant, le 23 octobre 2009, par l'intermédiaire de son avocate, U._____ a contacté par téléphone R._____ Assurances SA, afin de proposer la mise en œuvre d'une nouvelle expertise médicale. R._____ Assurances SA n'a pas fait de démarches dans ce sens, mais elle ne s'est pas opposée à la mise en œuvre unilatérale, par U._____, d'une expertise privée.

U._____ a mandaté le Dr Y._____, spécialiste en rhumatologie et en médecine interne générale, à Lausanne, pour effectuer une expertise médicale bi-disciplinaire (rhumato-psychiatrique). Le Dr Y._____ a examiné le patient le 1^{er} mars 2010. Il a confié à la Dresse H._____, spécialiste en psychiatrie et en psychothérapie, à Yverdon-les-Bains, la tâche de réaliser le volet psychiatrique de l'expertise. Cette spécialiste a vu U._____ le 3 mars 2010.

Dans son rapport du 9 mars 2010, la Dresse H._____ retient en conclusion que d'un point de vue purement psychiatrique, il n'y a pas d'élément ayant pu empêcher U._____ de travailler à plein temps avant novembre 2009.

Dans son rapport du 9 mars 2010, le Dr Y. _____ résume les différents éléments du dossier médical ainsi que les données fournies par l'intéressé (antécédents, plaintes, anamnèse). Il retient ceci en conclusion :

"Appréciation :

M. U. _____ souffre de cervico-dorso-lombalgies chroniques depuis 25 ans environ. Depuis l'été 2008 les cervico-brachialgies et les dorsalgies ont nettement augmenté, l'obligeant à arrêter son activité de grutier en octobre 2008. Les examens ont mis en évidence des troubles dégénératifs du rachis cervical avec une hernie discale C5-C6 et également des signes de souffrance du nerf médian aux deux poignets et du nerf cubital aux deux coudes. Suite aux opérations de canal carpien et de neurolyse du nerf cubital aux deux coudes, les symptômes de fourmillements des deux mains ont pratiquement disparu sauf lorsqu'il s'appuie sur les coudes mais les cervico-dorsalgies persistent.

A l'étude du dossier il ressort qu'une partie de la symptomatologie est explicable par les problèmes neurologiques des membres supérieurs. Une expertise psychiatrique effectuée en avril 2009 n'a pas mis en évidence de psychopathologie incapacitante mais un problème d'éthylo-tabagisme est mentionné. Une expertise rhumatologique effectuée à la Clinique M. _____ en mai 2009 retient la pathologie neurologique des membres supérieurs alors que les rachialgies sont attribuées à une insuffisance musculaire nécessitant une réadaptation à l'effort. Les experts estiment qu'il n'y avait pas de limitation de la capacité de travail deux mois après l'intervention de neurolyse du nerf cubital gauche, avec tout au plus une diminution de rendement de 20% pendant le temps de la réadaptation, soit trois mois environ. Les médecins-traitants estiment par contre qu'il y a une incapacité de travail en raison des cervico-dorsalgies, même si la problématique neurologique des membres supérieurs s'est améliorée.

Les plaintes du patient sont concordantes avec celles figurant au dossier: il s'agit de cervicalgies chroniques exacerbées dans les mouvements de flexion et surtout d'extension, de dorsalgies interscapulaires chroniques irradiant parfois en étau et parfois sous forme de lancées électriques, très différentes des douleurs d'angine de poitrine qu'il a ressenties lors de la mise en place d'un stent coronarien en 2006 et à l'Hôpital [...] en 2009. Il ressent également des lombalgies chroniques mécaniques irradiant parfois les membres inférieurs, mais nettement moins gênantes que les cervico-dorsalgies. A la question concernant son moral, il mentionne qu'il est excellent et qu'il n'est gêné que par ses douleurs.

L'examen de l'assuré nous met en présence d'un homme de 59 ans, en état général conservé avec une surcharge pondérale à la limite de l'obésité, à prédominance tronculaire et abdominale. Il y a une légère limitation de la mobilité de la colonne cervicale et du rachis dorso-lombaire, surtout dans les inclinaisons latérales. Il n'y a pas signes neurologiques irritatifs ni de signes pyramidaux.

Le dossier radiologique montre effectivement des troubles dégénératifs du rachis cervical avec des discopathies prédominant au niveau C5-C6 sans signes de myélopathie. Sur les radiographies dorsales et le scanner dorsal, il n'y a pas de lésion expliquant les dorsalgies, notamment pas de processus tumoral, pas de malformation ni de rétrécissement du canal médullaire.

Au total, sur le plan rhumatologique, je retiens un syndrome du tunnel carpien bilatéral et une neuropathie du nerf cubital aux deux coudes, en nette

amélioration après les neurolyses de 2009. Le patient souffre par ailleurs de cervico-dorso-lombalgies chroniques dans un contexte de troubles dégénératifs prédominant au niveau cervical, à l'étage C5-C6. Il n'y a pas de signes de complication, notamment pas de signes de myélopathie cervicale ni de signes radiculaires claires. On est surpris par l'importance du syndrome douloureux qui n'est amélioré que par la prise de Tramal. Il y a cependant clairement un facteur mécanique positionnel, notamment dans les manœuvres d'extension du rachis cervical. Il est possible que les mouvements en station debout augmentent la contrainte que la hernie discale exerce sur la moelle, en se rappelant que l'IRM examine les patients en station couchée. Les dorsalgies ont également un caractère positionnel chez un patient qui nous a paru crédible. Vu l'importance du syndrome douloureux et la résistance aux traitements, je proposerais d'effectuer encore une IRM dorsale pour s'assurer de l'absence de processus compressif.

Au terme de son expertise psychiatrique, la Dresse H. _____ retrouve aucune psycho-pathologie: il n'y a pas d'argument pour un trouble dépressif, anxieux ou de la personnalité.

Sur le plan thérapeutique, les traitements de physiothérapie n'ont pas entraîné une nette amélioration. Une adaptation du traitement médicamenteux antalgique, par exemple par du Tramadol retard, pourrait être proposée avec cependant un risque d'effets secondaires sur la concentration, notamment en cas de consommation d'alcool. A ce propos, s'il y a une consommation régulière d'alcool, celle-ci ne semble pas entraîner une répercussion importante sur le plan somatique et a fortiori sur la capacité de travail, Le tabagisme a été nettement limité, actuellement 10 à 12 cigarettes par jour, même si le sevrage complet serait médicalement indiquée.

Capacité de travail:

Au vu des éléments du dossier et au terme de cette expertise, une incapacité de travail comme grutier était justifiée à partir du 14.10.2008. Si les symptômes douloureux des mains se sont nettement améliorés suite aux interventions chirurgicales du printemps 2009, les cervico-dorsalgies n'ont cependant pas été franchement améliorées par les traitements physiques et médicamenteux. Les rachialgies, notamment au niveau cervical, sont susceptibles d'être exacerbées par les travaux en flexion ou en extension, ce qui est fréquemment le cas dans l'activité de grutier. A ce propos, les assertions du patient sont tout à fait crédibles, quand il dit qu'il n'a aucun problème pour trouver du travail dans cette activité et qu'il peut se permettre de choisir les conditions les plus favorables. A aucun moment les experts n'ont eu l'impression que l'assuré cherchait à exagérer ses troubles ni, a fortiori, à simuler. A l'instar des médecins traitants, il est permis de penser qu'il existait toujours une incapacité de travail en été 2009, comme attesté dans les rapports du Dr S. _____ une incapacité de travail de 100% jusqu'au 18.11.2009.

Compte tenu de la symptomatologie chronique exacerbée par les positions et résistant aux traitements, les travaux contraignants pour le rachis sont contre-indiqués. Idéalement l'activité devrait être adaptée, c'est-à-dire permettre les alternances de position, ce qui n'est souvent pas possible dans l'activité de grutier, et éviter le port de charges, ce qui semble par contre possible dans cette activité. Dans une activité adaptée la capacité de travail est de 100%.

Au vu de l'âge du patient et de sa volonté de prendre une retraite anticipée dans une année, des mesures professionnelles ne semblent pas indiquées."

Parmi les éléments du dossier sur lesquels se fonde le Dr Y. _____ figure notamment un rapport du Dr S. _____ du 19 novembre 2009, établi à la demande de l'Office de l'assurance-invalidité pour le

canton de Vaud (U._____ ayant également demandé des prestations de l'assurance-invalidité). Dans ce rapport, le Dr S._____ retient une incapacité de travail à 100 % jusqu'au 18 novembre 2009, date à laquelle ce médecin a examiné le patient. Le Dr S._____ notait en particulier ceci: "Au vu de la symptomatologie, le pronostic est réservé, voire mauvais pour une amélioration importante des symptômes douloureux, et ce malgré de nombreux traitements effectués". Il relevait que le patient tenait à reprendre le travail, compte tenu de l'"absolue nécessité de regagner de l'argent".

G. La frais du Dr Y._____ pour l'expertise bi-disciplinaire (2'600 fr. d'honoraires + 105 fr. 95 de frais de radiologie) ont été payés par U._____.

H. Par lettre de son avocate du 16 mars 2010, U._____ a demandé à R._____ Assurances SA de verser les prestations dues jusqu'à la date de la reprise du travail (le 23 novembre 2009), compte tenu de l'incapacité de travail attestée par l'expert Dr Y._____. Il a également demandé la prise en charge par l'assurance des frais de l'expertise privée.

R._____ Assurances SA a demandé à la Clinique M._____ de se prononcer, en fonction des nouveaux rapports médicaux, sur la question de savoir si les problèmes rhumatologiques présentés par U._____ étaient antérieurs à la date du 4 mars 2008, moment de son engagement chez E._____ SA. Dans une lettre du 3 mai 2010 de la Clinique M._____ - signée par le psychiatre Dr K._____, et mentionnant comme autre auteur le nom de la rhumatologue Dresse R._____ -, il est indiqué que "de la totalité des rapports, il ressort que la pathologie est évolutive depuis plus de 20 ans, voire 25 ans, tant au niveau interscapulaire que lombaire, avec un traitement médicamenteux et de physiothérapie de longue date; [...] l'ensemble des pièces médicales concourt à démontrer une pathologie dégénérative existante de longue date et connaissant une lente et inexorable détérioration".

Le 19 mai 2010, R._____ Assurances SA a répondu à U._____ qu'au moment de son engagement chez E._____ SA, il souffrait déjà des pathologies qui l'avaient conduit à interrompre son activité professionnelle dès le 14 octobre 2008. La durée maximale du droit aux prestations était de 42 jours, conformément aux CGA. R._____ Assurances SA ne pouvait par conséquent pas verser des indemnités supplémentaires, l'assuré ayant épuisé la totalité de son droit aux prestations.

I. U._____ a ouvert une action de droit administratif à l'encontre de R._____ Assurances SA, par une demande (requête) du 2 septembre 2010 adressée à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Il prend les conclusions suivantes:

"I. La société R._____ Assurances SA est la débitrice et doit immédiat paiement à U._____ des indemnités perte de gain maladie lui revenant pour la période du 4 juillet 2009 au 22 novembre 2009, soit durant 142 jours, avec intérêts à 5 % l'an dès le 4 juillet 2009.

Ibis. Subsidiairement: La société R._____ Assurances SA est la débitrice et doit immédiat paiement à U._____ de la somme de 30'203 fr. 40, avec intérêts à 5 % l'an dès le 4 juillet 2009.

II. Les dépens alloués à U._____ à la charge de R._____ Assurances SA incluront la somme de 2'705 fr. 95, avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 mars 2010, au titre de remboursement des frais assumés par le requérant. "

Dans son mémoire-réponse du 18 octobre 2010, R._____ Assurances SA prend les conclusions suivantes:

"Principalement:

1. Débouter le demandeur de toutes ses conclusions.
2. Sous suite de frais et d'une indemnité équitable de dépens.

Reconventionnellement:

1. Condamner le demandeur à payer à la défenderesse la somme de 44'253 fr., avec intérêt à 5 % dès l'exigibilité;
2. Sous suite de frais et d'une indemnité équitable de dépens."

Dans un mémoire complémentaire du 7 décembre 2010, U._____ a confirmé les conclusions de sa demande et il a conclu au rejet des conclusions reconventionnelles de R._____ Assurances SA.

Le 20 janvier 2011, R. _____ Assurances SA a confirmé ses conclusions.

J. Le juge instructeur a ordonné à E. _____ SA et à l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud de produire leurs dossiers concernant le demandeur. Les parties ont pu déposer des observations à ce propos.

Le dossier de l'Office AI contient une décision du 23 août 2010 de refus de prestations, U. _____ ne présentant pas un degré d'invalidité de 40 % au moins. Cette décision retient notamment ce qui suit: "Après étude de votre dossier, il ressort que médicalement, vous avez présenté une incapacité de travail du 14 octobre 2008 au 19 novembre 2009 à 100 %". Ces constatations sont reprises d'un rapport du Service médical régional de l'AI (SMR), du 27 mai 2010. Selon ce rapport, l'atteinte principale à la santé est la suivante: "Cervicospulalgies droites et céphalées occipitales sur troubles dégénératifs et discopathie C5-C6; lombalgies récidivantes".

K. Le demandeur a, dans son mémoire complémentaire du 7 décembre 2010, requis l'audition, par la Cour, du Dr Y. _____ "au vu des diverses appréciations négatives apportées par l'intimée au sujet de l'expertise (de ce médecin)".

Le 20 janvier 2011, la défenderesse s'est opposée à cette requête.

Le 26 avril 2012, le juge instructeur a informé les parties que l'affaire était en principe prête à être jugée. Aucune audience n'a été fixée.

E n d r o i t :

1. Le contrat d'assurance litigieux relève du droit privé. Il est soumis à la législation civile fédérale, notamment à la LCA (loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance; RS 221.229.1), et non pas à la législation de droit public sur l'assurance-maladie sociale (Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie [LAMal], RS 832.10; cf. 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. Après que la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a remplacé, le 1^{er} janvier 2009, l'ancien Tribunal des assurances, le décret de 1996, 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 1^{er} janvier 2011. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2011 dans le canton de Vaud, les contestations de droit privé qui s'élèvent entre les entreprises d'assurance et les assurés sont dans 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 1^{er} 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.

2. Les prétentions du demandeur sont fondées sur un contrat d'assurance-maladie collective. Le preneur d'assurance est l'ancien employeur du demandeur, lequel est en vertu du contrat une personne assurée. Dès qu'une maladie est survenue, cette personne (le bénéficiaire), dispose d'un droit propre contre l'assureur, en l'occurrence la défenderesse (art. 87 LCA). Il peut se prévaloir des clauses contractuelles figurent dans la police d'assurance et dans les conditions générales (CGA).

Il y a lieu d'interpréter ces clauses, notamment les conditions générales d'assurance, selon la théorie de la confiance et l'art. 33 LCA. La jurisprudence retient ce qui suit à ce propos (ATF 133 III 675 consid. 3.3; cf. également ATF 135 III 410 consid. 3.2; TF 4A_172/2008 du 16 mai 2008 consid. 3.1):

En présence d'un litige sur l'interprétation d'une disposition contractuelle, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO [code des obligations du 30 mars 1911, RS 220]). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances; le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime. Lorsque l'assureur, au moment de conclure, présente des conditions générales, il manifeste la volonté de s'engager selon les termes de ces conditions. Lorsqu'une volonté réelle concordante n'a pas été constatée, il faut donc se demander comment le destinataire de cette manifestation de volonté pouvait la comprendre de bonne foi. Cela conduit à une interprétation objective des termes contenus dans les conditions générales, même si cette manifestation ne correspond pas à la volonté intime de l'assureur. Dans le domaine particulier du

contrat d'assurance, l'art. 33 LCA précise d'ailleurs que l'assureur répond de tous les événements qui présentent le caractère du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue, à moins que le contrat n'exclue certains événements d'une manière précise, non équivoque. Il en résulte que le preneur d'assurance est couvert contre le risque tel qu'il pouvait le comprendre de bonne foi à la lecture des conditions générales; si l'assureur entendait apporter des restrictions ou des exceptions, il lui incombait de le dire clairement. Conformément au principe de la confiance, c'est à l'assureur qu'il incombe de délimiter la portée de l'engagement qu'il entend prendre et le preneur n'a pas à supposer des restrictions qui ne lui ont pas été clairement présentées.

3. Le demandeur prétend à des indemnités journalières fondées sur le contrat d'assurance collective conclu par son ancien employeur.

La défenderesse a alloué des indemnités journalières, sur la base du contrat collectif, à cause d'une incapacité de travail à 100 %, résultant de la maladie, ayant débuté le 14 octobre 2008.

Il a ainsi été admis par la défenderesse que, pendant une certaine période, le demandeur satisfaisait aux conditions contractuelles pour l'octroi des indemnités journalières. L'atteinte à la santé qui l'a contraint à un arrêt de travail dès le 14 octobre 2008 a été considérée comme une maladie. La contestation porte, d'après la demande, sur la durée de l'incapacité de travail découlant de cette maladie. Le demandeur soutient que cette incapacité, à 100 %, n'a pris fin que la veille du jour où il a repris un emploi de grutier. La défenderesse fait au contraire valoir que l'incapacité de travail a pris fin le 3 juillet 2009 (date de la dernière indemnité journalière pour un jour travaillé) voire la veille du 6 juillet 2009 (date à laquelle la reprise du travail était exigible, selon le courrier du 19 mai 2009 de la défenderesse).

Cela étant, la défenderesse soutient qu'indépendamment de la question de savoir si l'incapacité de travail a duré au-delà du début du mois de juillet 2009, elle n'était pas tenue de verser plus de 42 indemnités

journalières, parce que les conditions d'assurance limitent les prestations en cas de maladie préexistante. Aussi a-t-elle pris des conclusions reconventionnelles tendant à la restitution d'indemnités journalières versées en trop.

Il convient en premier lieu d'examiner si l'incapacité de travail due à la maladie a duré, comme l'affirme le demandeur, jusqu'au 22 novembre 2009, ou si elle a pris fin plus tôt (infra, consid. 4.). Ensuite, il faudra déterminer si, nonobstant une incapacité de travail d'une durée supérieure à 42 jours, le nombre d'indemnités journalières doit être réduit à cause d'une maladie préexistante (infra, consid. 5). Le cas échéant, la question de la restitution d'indemnités perçues en trop devra être traitée, la défenderesse ayant pris des conclusions reconventionnelles dans ce sens.

4. Pour évaluer la durée de l'incapacité de travail due à la maladie, il y a lieu de se fonder sur des rapports médicaux.

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 liquider 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. C'est ainsi qu'il importe, pour conférer pleine valeur probante à un rapport médical, que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude circonstanciée, 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 125 V 351

consid. 3a et les références citées; 134 V 231 consid. 5.1; TF 9C_1023/2008 du 30 juin 2009, consid. 2.1.1).

Cela étant, selon la jurisprudence, les constatations émanant de médecins consultés par l'assuré doivent être admises avec réserve; il faut en effet tenir compte du fait que, de par la position de confidents privilégiés que leur confère leur mandat, les médecins traitants ont généralement tendance à se prononcer en faveur de leurs patients; il convient dès lors en principe d'attacher plus de poids aux constatations d'un expert qu'à celles du médecin traitant (ATF 125 V 351 cons. 3b/cc et les références citées; VSI 2001 p. 106 cons. 3b/bb et cc; TF 9C_91/2008 du 30 septembre 2008; TF 8C_15/2009 du 11 janvier 2010, consid. 3.2).

En l'occurrence, l'expert de la défenderesse - la rhumatologue Dresse R._____ - a admis une incapacité de travail de plusieurs mois (14 octobre 2008 - début juillet 2009). Elle a fixé la fin de cette incapacité sur la base d'un pronostic: selon elle, le travail pouvait être repris trois mois après son examen clinique, et deux mois après la rédaction de son rapport. La Dresse R._____ n'a pas revu le demandeur ensuite, afin de vérifier le bien-fondé de son pronostic. La lettre de la Clinique M._____ du 3 mai 2010, qu'elle n'a pas signée, n'examine pas la question de la durée de l'incapacité de travail. La défenderesse n'a pas demandé à un autre médecin de se prononcer sur ce point, après le mois de mai 2009.

Le neurologue qui a traité le demandeur (Dr S._____) ainsi que l'expert privé auquel il s'est adressé (Dr Y._____) ont en revanche retenu, dans des rapports postérieurs à celui de la Dresse R._____, que l'incapacité de travail avait duré jusqu'à la veille de la reprise du travail le 23 novembre 2009. Dans le cadre de la procédure AI, le médecin du Service médical régional a repris sans autre cette constatation dans son rapport.

Le rapport d'expertise du Dr Y._____ est suffisamment complet. S'agissant de la durée de l'incapacité de travail, il n'a été contredit par aucun autre médecin ayant examiné le demandeur après le

début du mois de juillet 2009. En particulier, la Dresse R._____ n'a pas critiqué l'avis du Dr Y._____, et son propre rapport, rédigé alors que l'intéressé était toujours en incapacité de travail, était moins détaillé et moins complet. Il n'est au demeurant pas douteux qu'avec la persistance, au-delà du mois de juillet 2009, des atteintes diagnostiquées et des douleurs qu'elles entraînaient, l'exercice de l'activité de grutier n'était pas exigible.

Il s'ensuit que le demandeur est fondé à se prévaloir, sur la base de rapports médicaux probants et non contredits, d'une incapacité de travail due à la maladie jusqu'au 22 novembre 2009.

5. La défenderesse soutient cependant que cette maladie était préexistante, au sens de l'art. 24 CGA, et que par conséquent la durée maximale des prestations était limitée à 42 jours (les rapports de travail, dans la mission en question, ayant duré entre 6 et 9 mois).

a) Dans un premier temps, la défenderesse a expressément exclu une maladie préexistante, en fonction d'un avis du médecin traitant (voir sa lettre du 19 janvier 2009 à E._____ SA). Puis, sur la base d'un avis de son expert (lettre de la Clinique M._____ du 3 mai 2010), elle a retenu l'existence d'une pathologie évolutive, existant de longue date.

b) L'art. 24 CGA permet de limiter les prestations lorsque l'incapacité de travail est causée par la réapparition ou l'aggravation d'une maladie notable pour laquelle l'assuré avait déjà été traité médicalement avant l'entrée dans l'assurance. La date déterminante, dans le cas particulier, n'est, d'après le texte de cette clause, pas celle du début de la mission au service de l'entreprise A._____ & Cie SA (le 4 mars 2008) mais celle de la conclusion du contrat-cadre de travail avec E._____ SA (le 10 février 2000). Il convient donc d'examiner si, avant le début de l'année 2000, le demandeur souffrait d'une "maladie notable" pour laquelle il avait déjà été traité médicalement.

c) Dans ses écritures, la défenderesse se réfère à la convention collective du secteur du gros œuvre (Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse), secteur dans lequel travaillait le demandeur. Cette convention collective a fait l'objet d'arrêtés du Conseil fédéral étendant son champ d'application (premier arrêté le 10 novembre 1998; cf. aussi arrêté du 22 septembre 2008 in FF 2008 p. 7281). Elle comporte différentes annexes qui en font partie intégrante. Il en va ainsi de l'Annexe 10, Mémento relatif à l'assurance d'indemnité journalière en cas de maladie pour le secteur principal de la construction. L'art. 7 al. 3 de cette Annexe 10, sous le titre "Réserves d'assurance", a la teneur suivante:

"Les incapacités de travail dues à la réapparition d'affections graves pour lesquelles l'assuré a déjà été en traitement avant l'admission dans l'assurance sont indemnisées sur la base du barème ci-après:

Réapparition de l'affection pendant la durée ininterrompue des rapports de travail dans une entreprise assujettie à la CN	Durée maximum des prestations par cas de maladie
jusqu'à 6 mois	4 semaines
jusqu'à 9 mois	6 semaines [...]"

Les dispositions de cette convention collective étaient applicables en l'espèce et les prestations en cas de maladie ne pouvaient pas être moins étendues que ce que prévoit l'art. 7 al. 3 précité. Il faut donc interpréter l'art. 24 CGA de manière à ce qu'il garantisse au moins les mêmes prestations que la convention collective. Le sens des différentes clauses applicables doit être déterminé selon ce qui pouvait être compris de bonne foi (cf. supra, consid. 2).

d) La "maladie notable" préexistante, au sens des CGA, doit par conséquent être une "affectation grave" (dans le texte allemand de la CCT: "infolge wieder auftreten von schweren Leiden"). Si, au moment de l'admission dans l'assurance, l'assuré souffrait d'une atteinte alors pas grave, mais que cette atteinte s'est aggravée ensuite de telle sorte qu'elle a provoqué une incapacité de travail, les conditions pour une limitation des prestations ne sont pas données.

En l'occurrence, la plupart des rapports médicaux du dossier - notamment l'expertise du Dr Y. _____ - mentionnent une pathologie existant depuis plus de vingt ans, soit avant le mois de février 2000, date de la conclusion du contrat du demandeur avec E. _____ SA. Toutefois, il n'y a aucune preuve que cette pathologie ou affection était grave à cette époque. Le demandeur a certes suivi certains traitements (médicaments, physiothérapie), mais il est notoire que l'activité sur les chantiers est pénible, davantage susceptible que d'autres activités professionnelles de causer des douleurs justifiant un traitement médical voire des consultations périodiques chez un médecin ou un physiothérapeute. Mais lorsque ces douleurs ou atteintes ne provoquent pas d'incapacité de travail notable, on peut admettre qu'elles ne sont en principe pas graves, à moins de circonstances particulières. Or, en l'espèce, il n'est pas allégué que le demandeur aurait subi d'autres incapacités de travail notables avant octobre 2008; tel n'a en tout cas pas été le cas à partir de février 2000, soit pendant la période au cours de laquelle il a été assuré par la défenderesse. Les renseignements figurant dans les rubriques "anamnèse" des rapports médicaux n'indiquent pas de pathologie grave et incapacitante, d'ordre rhumatologique (aux niveaux interscapulaire et lombaire), avant l'année 2000.

Dans ces conditions, on ne saurait parler en l'espèce de la réapparition, en octobre 2008, d'une affection grave pour laquelle le demandeur aurait déjà été en traitement avant février 2000. Si l'affectation est devenue grave dans le courant de l'année 2008, au moment où les cervico-brachialgies et les dorsalgies ont nettement augmenté au point de provoquer ensuite une incapacité de travail de plusieurs mois, c'est à cause d'une détérioration progressive de l'état de santé. L'affection ne pouvait pas être considérée comme grave avant cette détérioration.

Il s'ensuit que la défenderesse ne peut pas se prévaloir de l'art. 24 CGA, en relation avec l'art. 7 al. 3 de l'Annexe 10 de la convention collective, pour limiter la durée d'indemnisation à 42 jours (ou 6 semaines). Les indemnités journalières sont donc dues pour toute la durée

de l'incapacité de travail, à savoir jusqu'au 22 novembre 2009 (cf. supra, consid. 4). Les conclusions reconventionnelles de la défenderesse, mal fondées - parce qu'il n'y a pas d'indemnités versées en trop - doivent par conséquent être rejetées.

6. Le montant de l'indemnité journalière est, dans le cas présent, de 201 fr. 15, ce que le demandeur ne conteste pas, après avoir pris note des calculs de la défenderesse à ce propos.

Les indemnités journalières ont déjà été payées par la défenderesse jusqu'au 3 juillet 2009. Le nombre de jours restant à indemniser ("jours calendaires"), à partir du 4 juillet 2009 et jusqu'au 22 novembre 2009, est de 142. Le demandeur a donc droit à un montant total de 142 x 201 fr. 15, soit de 28'563 fr. 30.

Le demandeur a droit en outre à l'intérêt moratoire, au taux de 5 % (cf. art. 104 al. 1 CO). La défenderesse ne doit l'intérêt moratoire 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. 3.2.2). En l'occurrence, il faut considérer que le demandeur a d'emblée demandé la poursuite du versement des indemnités journalières, au-delà de début juillet 2009, en transmettant avant le 17 juin 2009 à la défenderesse une attestation d'incapacité de travail établie par le Dr S._____, pour une période plus longue que celle retenue par les experts de la Clinique M._____. L'intérêt moratoire est donc dû à partir du 4 juillet 2009, pour la première indemnité journalière, et ensuite à partir de chaque date d'échéance pour les indemnités journalières suivantes. Dans ces circonstances, il convient de fixer une échéance moyenne, à savoir le 12 septembre 2009.

7. Il résulte des considérants que la demande est partiellement admise, les conclusions reconventionnelles de la défenderesse étant rejetées.

Il n'y a pas lieu de percevoir des frais de justice (cf. ancien art. 85 al. 3 LSA, art. 114 let. e CPC). Le demandeur a droit à des dépens, vu l'admission presque totale de ses conclusions, à la charge de la défenderesse.

Le demandeur prétend à ce que l'indemnité de dépens comprenne les frais de l'expertise privée qu'il a mise en œuvre avant d'ouvrir action, alors qu'il était encore en incapacité de travail. Il ne fait pas valoir que ces frais devraient être indemnisés par l'assurance en vertu d'une clause contractuelle.

Les dépens comprennent, en vertu du droit fédéral, les débours nécessaires et le défraiement d'un représentant professionnel, lorsqu'il a été constitué (art. 95 al. 3 CPC). Les débours sont des paiements effectifs que la partie a dû faire en vue du procès, tels que des frais de voyage, de téléphone, de port, de copie, de traduction (cf. Denis Tappy, in CPC commenté, n. 23 ad art. 95); ils ne comprennent pas les frais d'une expertise médicale privée effectuée avant le procès. Le montant payé par le demandeur à l'expert Dr Y. _____ ne peut donc pas lui être remboursé au titre des dépens. Les dépens seront ainsi fixés sur la base des dispositions du Tarif des dépens en matière civile (TDC, RSV 270.11.6), s'agissant du défraiement du représentant professionnel (art. 3 ss TDC).

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

- I. Admet partiellement la demande et dit que R. _____ Assurances SA doit payer à U. _____ la somme de 28'563 fr. 30 (vingt-huit mille cinq cent soixante-trois francs et trente centimes), avec intérêts à 5 % l'an dès le 12 septembre 2009.
- II. Dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- III. Met à la charge de R. _____ Assurances SA une indemnité de 5'000 fr. (cinq mille francs) à payer à U. _____ à titre de dépens.
- IV. Rejette toutes autres ou plus amples conclusions.

Le président :

La greffière :

Du 19 décembre 2012

Le dispositif du jugement qui précède est communiqué par écrit aux parties.

La greffière :

Du

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

- Me Corinne Monnard Séchaud, avocate (pour U. _____),
- R. _____ Assurances SA,

par l'envoi de photocopies.

Un appel au sens des art. 308 ss CPC peut être formé dans un délai de 30 jours dès la notification de la présente décision en déposant au greffe du Tribunal cantonal un mémoire écrit et motivé. Le jugement objet de l'appel doit être joint.

La greffière :