

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 6 juillet 2023

Composition : Mme CRITTIN DAYEN, présidente
Mmes Courbat et Cherpillod, juges
Greffier : M. Steinmann

Art. 33 LCA

Statuant sur l'appel interjeté par **N.**_____, à Lausanne, défenderesse, contre le jugement rendu le 6 mai 2022 par le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **R.**_____, à Lausanne, demandeur, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 6 mai 2022, dont la motivation a été envoyée aux parties le 7 novembre 2022, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a dit que N._____ devait payer à R._____ la somme de 30'763 fr., avec intérêts à 5% l'an courant dès le 1^{er} août 2015 (I), a arrêté l'indemnité finale de conseil d'office de R._____, allouée à Me Marine de Saint Léger pour la période du 18 novembre au 26 avril 2022, à 3'113 fr. 20, débours, frais de vacation et TVA inclus, et a relevé cette avocate de sa mission de conseil d'office du prénommé (II), a dit que le jugement était rendu sans frais judiciaires (III), a dit que N._____ devait verser à R._____ la somme de 10'000 fr. à titre de dépens (IV) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V).

En droit, les premiers juges ont relevé que l'employeur de R._____ et N._____ avaient conclu un contrat d'assurance collective couvrant R._____ contre le risque d'une perte de gain causée par une incapacité de travail résultant d'une maladie et prévoyant, en cas de sinistre, le paiement d'une indemnité journalière d'un montant déterminable pendant une durée limitée dans le temps. Se fondant en particulier sur l'art. 6 al. 3 de la Convention de libre passage entre les assureurs d'indemnités journalières, ils ont considéré qu'il appartenait à N._____, et non pas au nouvel assureur de R._____, de verser des indemnités journalières à ce dernier au-delà de la date de résiliation du contrat d'assurance précité.

Les premiers juges ont ensuite relevé que l'expert judiciaire avait estimé que R._____ avait été incapable de travailler à 100% depuis le 5 décembre 2013 et jusqu'à la fin du droit à des prestations, soit pendant 720 jours et au-delà. Ils ont considéré qu'il n'existait aucun motif de s'écarter des constatations de l'expertise judiciaire à ce propos, dès lors que celles-ci étaient claires, complètes et répondaient à la question litigieuse. Partant, ils ont retenu que les pathologies dont souffrait

R._____ justifiaient une incapacité de travail au-delà du 23 mars 2015 et que celui-ci pouvait prétendre à percevoir les prestations dues par N._____ dans un tel cas, à savoir le versement d'indemnités journalières.

Les premiers juges ont en outre considéré qu'il n'y avait pas lieu de retenir que N._____ aurait été en droit de refuser totalement ou partiellement le versement de prestations à R._____ en raison d'un défaut d'annonce à l'assurance-invalidité (ci-après : AI) par ce dernier. A cet égard, ils ont relevé que N._____ n'avait en aucun cas tenu compte du fait que R._____ n'avait pas respecté la sommation de l'Office de l'assurance-invalidité (ci-après : l'Office AI), qu'elle avait au contraire continué de verser des indemnités journalières au prénommé pendant environ quatre mois, qu'elle avait de surcroît mandaté une clinique pour réaliser une expertise, qu'elle n'avait jamais fait part à R._____ de sa volonté de refuser toute indemnité journalière en cas de manquement à l'obligation d'annonce à l'AI et que celui-ci pouvait donc penser de bonne foi qu'elle n'entendait pas arrêter le versement des indemnités journalières.

Au vu de ce qui précède, les premiers juges ont considéré que les prétentions de R._____ étaient fondées et qu'il convenait dès lors de calculer le montant que N._____ restait lui devoir à titre d'indemnités journalières. A cet égard, ils ont relevé que selon les conditions générales d'assurance applicables, la durée de versement des prestations était de 720 jours en l'espace de 900 jours, sous déduction d'un délai d'attente de deux jours. Cela étant, ils ont retenu que R._____ avait d'ores et déjà perçu des indemnités journalières durant 471 jours, soit du 7 décembre 2013 au 22 mars 2015 inclus, de sorte qu'il avait encore droit à 249 jours (720 - 471) d'indemnités restantes, ce qui correspondait à un montant total de 30'763 fr. (249 jours x 123 fr. 55).

B. Par acte du 5 décembre 2022, N._____ (ci-après : l'appelante) a interjeté appel contre le jugement susmentionné, en

concluant, avec suite de frais et dépens, à la réforme du chiffre I de son dispositif en ce sens que la demande de R. _____ soit rejetée, ainsi qu'à l'annulation des chiffres IV et V de son dispositif. Subsidiairement, elle a conclu à l'annulation dudit jugement et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants de l'arrêt sur appel à intervenir.

Le 15 février 2023, R. _____ (ci-après : l'intimé) a déposé une réponse, au pied de laquelle il a conclu, avec suite de dépens de première et deuxième instance, à ce que l'appel soit très partiellement admis et le jugement attaqué réformé en ce sens que l'appelante soit condamnée à lui payer la somme de 30'516 fr. 85, avec intérêts à 5% l'an courant dès le 1^{er} août 2015.

C. La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. Des parties et des rapports entre celles-ci

a) L'intimé est un ressortissant suisse, âgé de 60 ans.

De 1995 à 2008, l'intimé a travaillé pour la Poste, où il était affecté au déchargement et chargement des trains des Chemins de fer fédéraux suisses (CFF). Cet emploi consistait à décharger des colis et des sacs de lettres des wagons postaux, puis, à les amener au tri.

L'intimé a été contraint de se réorienter professionnellement en entreprenant une formation d'aide-soignant, sanctionnée par l'obtention d'un diplôme en 2010.

Le 3 juillet 2010, l'intimé a été engagé en qualité d'aide-soignant par l'agence de travail intérimaire U. _____ (ci-après : U. _____ ou l'employeur), à un taux d'occupation de 100%.

A la même date, l'intimé a été engagé, par le biais d'U._____, pour une mission en qualité d'aide-soignant auprès de la Fondation de S._____.

b) U._____ a conclu avec l'appelante une police d'assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 ; RS 221.229.1) relative au contrat cadre CCT location de services (ci-après : la police).

La police prévoyait, sous rubrique « **1. Personnes assurées et étendue de la couverture** », ce qui suit :

« Les travailleurs temporaires ne dépassant pas le salaire brut maximum selon la SUVA, soumis à une CCT étendue ou soumis obligatoirement LPP, et qui ne sont pas au bénéfice d'une rente de vieillesse de l'AVS.

Indemnité journalière maladie	80% du salaire assuré
Durée des prestations sous	720 jours en l'espace de 900 jours déduction du délai d'attente
Délai d'attente	2 jours par cas.
(...) »	

La police était en outre soumise aux « Conditions générales d'assurance (CGA) régissant l'assurance collective indemnité journalière selon la LCA » de l'appelante, édition 2006 (ci-après : les CGA). Les CGA contenaient notamment les clauses suivantes :

« (...) **III Prestations d'assurance**

(...)

Pendant combien de temps l'indemnité journalière est-elle versée ?

21 L'indemnité journalière est allouée au maximum pendant la durée fixée dans le contrat. Le délai d'attente convenu est déduit de la durée de paiement des prestations. Sauf arrangements contractuels contraires, le droit aux indemnités s'éteint avec l'écoulement de la durée maximum de versement des prestations dans un cas de maladie, qu'il s'agisse des cas de maladie déjà survenus ou de ceux qui surviendraient au futur.

(...)

25 Après extinction de la couverture d'assurance, l'obligation qui nous incombe de verser des prestations s'éteint.

(...)

V Début et durée de la couverture d'assurance

(...)

Quand la couverture d'assurance prend-elle fin ?

42 La couverture d'assurance prend fin pour chaque assuré :

- lors de son départ de l'entreprise assurée ;
- à l'extinction du contrat ;
- lorsqu'il atteint l'âge de 70 ans ;
- en cas de séjour hors de Suisse et de la principauté du Liechtenstein, après 24 mois ;
- à l'épuisement du droit aux prestations.

Que se passe-t-il lorsque le contrat est résilié ou qu'un assuré quitte le service de son employeur ?

43 En cas de sortie du groupe des assurés ou d'extinction du contrat, l'assuré domicilié en Suisse ou dans la principauté du Liechtenstein a le droit de passer dans l'assurance individuelle. Il doit pour cela faire valoir son droit de passage par écrit dans les 90 jours. Cette disposition s'applique également aux personnes au chômage au sens de l'art. 10 LACI. Les frontaliers sont assimilés aux assurés résidant en Suisse, pour autant qu'ils soient domiciliés aux environs immédiats de la frontière.

44 Le preneur d'assurance est tenu de fournir suffisamment à l'avance à la personne qui sort du cercle des assurés des informations sur le droit de passage dans l'assurance individuelle et le délai à observer.

(...)

Quand n'existe-t-il aucun droit de passage dans l'assurance individuel ?

48 Il n'existe aucun droit de passage :

- en cas de changement d'emploi et de passage dans l'assurance indemnité journalière en cas de maladie du nouvel employeur ou en cas de résiliation du présent contrat ou de reprise de celui-ci par un autre assureur pour le même cercle d'assurés, dans la mesure où le nouvel assureur a l'obligation de garantir, sur la base de la convention de libre passage, la continuation de la couverture d'assurance ;
- lorsque l'assuré a atteint l'âge de la retraite AVS ;
- en cas de tentative de fraude ou de fraude à l'assurance.

VI Obligations en cas de maladie

(...)

Obligation de réduire l'étendue du dommage

56 Si l'assuré se soustrait ou refuse un traitement dont on peut raisonnablement attendre de lui qu'il s'y soumette ou à des mesures de réinsertion dans la vie professionnelle prometteuses d'une amélioration substantielle de sa capacité de gain ou d'une nouvelle possibilité de gain, ou s'il n'y participe pas de son propre chef autant que l'on peut raisonnablement attendre de lui, les prestations qui lui sont allouées pourront être passagèrement ou durablement réduites ou supprimées.

(...)

58 Si la capacité de travail restante de l'assuré n'est pas exploitée, il sera tenu compte de l'obligation qui lui est faite de réduire l'étendue du dommage dans le calcul de son indemnité journalière.

59 A défaut d'annonce à l'assurance invalidité et à l'assurance chômage, N._____ est autorisée à suspendre le versement des indemnités journalières. Les éventuelles allocations versées seront calculées en tenant compte des prestations qui auraient été accordées selon toute probabilité par ces assurances.

(...) »

c) U._____ a assuré l'intimé auprès de l'appelante contre la perte de salaire en cas de maladie dès le 3 juillet 2010.

Dans le cas de l'intimé, la pleine indemnité journalière prévue en sa faveur s'élevait à 123 fr. 55.

2. De l'atteinte à la santé et de l'incapacité de travail de l'intimé

a) L'incapacité de travail de l'intimé a débuté le 5 décembre 2013.

A partir du 7 décembre 2013, soit après le délai d'attente de deux jours prévu par la police, l'appelante a commencé à verser des indemnités journalières à l'intimé.

Le 17 décembre 2013, une annonce maladie/attestation perte de gain concernant l'intimé a été adressée par U._____ à l'appelante.

b) En réponse à un courrier de l'appelante du 17 février 2014, le Dr X._____, médecin traitant de l'intimé, a indiqué que le moment de l'apparition des symptômes de ce dernier remontait au mois de novembre

2013. Il a en outre mentionné, comme causes de l'incapacité de travail de l'intimé, des lombalgies chroniques et un état dépressif. Ce médecin a également précisé que d'un point de vue médical, l'activité actuelle de l'intimé ne pouvait plus être raisonnablement exigée, que celui-ci ne disposait pas non plus d'une capacité de travail réduite et que sa capacité de travail ne pouvait pas être augmentée par une activité adaptée.

Le 1^{er} octobre 2014, U._____ a transmis à l'appelante des certificats médicaux attestant d'une incapacité de travail de l'intimé courant du 10 mars 2014 au 24 octobre 2014, laquelle faisait suite à celle ayant débuté le 5 décembre 2013.

Dans un nouveau rapport daté du 6 octobre 2014, le Dr X._____ a confirmé les diagnostics d'état dépressif chronique (anxiété, angoisse, dépression) et de lombalgies chroniques et invalidantes. Il a notamment fixé les limitations fonctionnelles suivantes concernant l'intimé : pas de port de charges supérieures à 5 kg, pas de travail sur des terrains irréguliers, ni avec les bras au-dessus de la tête, ni en position accroupie.

c) Le 12 décembre 2014, l'appelante a mandaté la Clinique G._____, à Genève, aux fins d'effectuer une expertise médicale pluridisciplinaire en psychiatrie et rhumatologie au sujet de l'intimé.

Le 24 février 2015, la Clinique G._____ a rendu son rapport, dans lequel elle a conclu à une pleine capacité de travail de l'intimé, sans diminution de rendement, dans une activité adaptée sans port de charges très lourdes. Il ressort de ce rapport notamment les constatations suivantes :

« (...)

3. LIMITATIONS ET INCAPACITE DE TRAVAIL DANS LE DERNIER EMPLOI

Limitations somatiques

Le diagnostic retenu au niveau du rachis lombaire n'est pas à l'origine de limitations fonctionnelles dans le dernier emploi. Toutefois, à titre préventif, pour ne pas accentuer cette

dégénérescence discale en L5 à S1, on contre-indiquera le port de charges très lourdes (> 50kg occasionnellement et/ou > 25kg souvent et/ou 5-10kg en permanence), mais celui-ci n'est pas requis dans l'activité de l'assuré.

Limitations des fonctions psychiques

Les limitations sont actuellement en lien avec les troubles mentaux et du comportement liés à l'utilisation de l'éthyle. Celle-ci induit des troubles du sommeil, une asthénie et des difficultés de concentration et d'adaptation, selon le degré d'intoxication.

Incapacité de travail, relevant des indemnités journalières en cas de maladie

A l'issue de l'expertise de psychiatrie s'étant tenue en date du 7 janvier 2015, une incapacité de travail de 100% horaire et rendement a été retenue, et ce durant deux semaines supplémentaires, le temps de mettre à profit les préconisations de sevrage et de consultation spécialisée par rapport à la problématique éthylique.

(...)

Au terme de l'expertise, soit au 29 janvier 2015, l'incapacité de travail est toujours de 100% horaire et rendement, en raison des troubles mentaux et du comportement liés à l'utilisation de l'éthyle, syndrome de dépendance active.

Si l'exploré avait mis en œuvre les préconisations de sevrage et de consultation spécialisée l'incapacité de travail serait déjà de 0% horaire sans baisse de rendement au moment de la finalisation du présent rapport. (...) »

La dernière activité lucrative de l'intimé, soit le métier d'aide-soignant, était en outre décrite de la manière suivante dans le rapport précité :

« Tâches principales :

- **Description libre :** l'emploi de l'assuré correspondait aux fonctions classiques d'un aide-soignant, principalement l'aide à la toilette impliquant de mobiliser et de porter les patients (mises au fauteuil, levers), l'accompagnement des résidents dans leurs déplacements et l'aide à la prise des repas. (...)

N'ayant été affecté à aucun service particulier, l'exploré faisait donc partie du pool et de ce fait, il était affecté en fonction des besoins dans les différents services, en sachant qu'il se trouvait le plus souvent, soit dans le service de médecine générale, soit auprès des soins palliatifs ou encore celui de réadaptation et de rééducation des personnes âgées. »

d) Le 3 mars 2015, l'appelante a fait parvenir au Dr X. _____
une copie du rapport de la Clinique G. _____.

Par courrier du même jour, l'appelante a en substance annoncé à l'intimé qu'au vu de ce rapport, il apparaissait que sa capacité de travail serait de 100% dans les deux semaines, de sorte qu'elle mettrait fin au versement des indemnités journalières en sa faveur le 22 mars 2015.

e) Par courrier du 19 mars 2015, le Dr X._____ a confirmé à l'appelante que l'intimé ne s'opposait plus à entamer un sevrage ambulatoire et a préconisé une reprise de travail à 100% le 1^{er} juin 2015.

Par lettre du 20 avril 2015, l'appelante a indiqué au Dr X._____ qu'elle avait soumis son courrier du 19 mars 2015 à son médecin-consultant et qu'il en ressortait qu'il n'y avait aucun élément médical nouveau justifiant la poursuite du versement des indemnités journalières en faveur de l'intimé. Elle lui a ainsi confirmé qu'en l'état actuel du dossier, elle maintenait sa position exprimée dans son courrier du 3 mars 2015 (cf. *supra* lettre C ch. 2d).

f) Sur la base du rapport de la Clinique G._____, l'appelante a arrêté le versement des indemnités journalières à partir du 23 mars 2015. Elle a ainsi versé à l'intimé des indemnités journalières du 7 décembre 2013 au 22 mars 2015, soit durant 471 jours.

g) De 2017 à 2019, l'intimé a exercé une activité d'auxiliaire de santé auprès de la Fondation de [...].

Il ressort d'un « Formulaire de communication pour adultes : Détection précoce » de l'AI que l'intimé a été en incapacité de travail depuis le 26 novembre 2019.

L'intimé émarge aujourd'hui au revenu d'insertion.

3. De l'assurance-invalidité

a) Le 21 juillet 2014, le Centre social régional (ci-après : le CSR) a rempli pour l'intimé un formulaire de détection précoce à l'attention de l'AI. Ce formulaire mentionnait que l'intimé avait exercé l'activité d'aide-soignant par un contrat de durée déterminée de 2010 à 2012 auprès de la Fondation de S._____.

b) Le 28 juillet 2014, l'Office AI a convié l'intimé à un entretien.

Le 27 août 2014, l'Office AI a informé l'intimé qu'il cessait toute démarche le concernant, dès lors que celui-ci n'avait donné aucune suite à la fixation d'un nouvel entretien.

Selon une note d'entretien téléphonique de l'Office AI, l'intimé a expliqué à une collaboratrice de cet office, le 16 septembre 2014, qu'il avait reçu une « lettre de menace de la part du CSR », mais qu'il n'avait pas reçu « la deuxième convocation, ni la lettre de fermeture de procédure ». Il a encore expliqué qu'il vivait en colocation et qu'il avait découvert que quelqu'un avait retiré son nom de la boîte aux lettres. Au vu de ces explications, l'Office AI a fixé à l'intimé un nouveau rendez-vous le 7 octobre 2014.

c) Le 6 octobre 2014, l'appelante a transmis à l'intimé un courrier intitulé « annonce auprès de l'assurance-invalidité/avance de prestations », par lequel elle lui a demandé de remplir le formulaire de demande de prestations de l'AI pour adultes.

d) Le 8 octobre 2014, l'Office AI a rendu un rapport au sujet de l'intimé, dont il ressort notamment ce qui suit :

« (...)

2. Préambule, analyse de la demande

Anamnèse et informations complémentaires de l'assuré

(...)

L'assuré, au bénéfice d'un certificat d'aide-soignant, ne travaille plus depuis début 2012. A la fin de son contrat de durée déterminée à la

Fondation de S. _____, il avait tellement mal au dos qu'il a interrompu toute activité professionnelle. Depuis, Il est au bénéfice du RI.

L'assuré dit avoir de la peine à se libérer pour suivre une de nos procédures de réinsertion. Père de trois enfants, nés de mères différentes hors mariage, il s'occupe de ses filles car leur mère travaille. Sa femme est partie vivre en Espagne à la retraite.

(...)

6. Observations (point de vue du conseiller)

Etat de santé, comportement, humeur, discernement quant à l'état de santé

L'assuré ne voit pas l'utilité de faire une mesure. En plus, il ne veut même pas envisager une solution de garde pour ses enfants. Il estime ne plus pouvoir travailler, mais veut de l'aide pour ouvrir un magasin d'alimentation. Il engagerait du monde pour travailler pour lui car lui n'est pas capable de le faire.

(...) »

e) Par courrier de rappel du 30 octobre 2014, envoyé à la suite d'un premier courrier daté du 8 octobre 2014, l'Office AI a invité l'intimé à déposer une demande de prestations AI d'ici au 10 novembre 2014.

Le 12 novembre 2014, l'Office AI a informé l'intimé qu'il cessait toute démarche le concernant, dès lors que celui-ci n'avait pas donné suite à son courrier de rappel du 30 octobre précédent.

f) Le 10 décembre 2014, l'appelante a adressé, par courrier recommandé, un rappel à l'intimé concernant le dépôt de sa demande auprès de l'AI. Elle l'a informé qu'à défaut, elle suspendrait ses prestations.

4. De la résiliation de la police et du refus de l'appelante de continuer à verser des prestations

a) Le 4 septembre 2014, l'appelante a rempli un formulaire intitulé « Service de renseignements - Assurance indemnité collective maladie » à l'attention d'un nouvel assureur, dont le nom n'était pas mentionné sur le formulaire en question. On peut lire sur ce document que le dossier en lien avec une incapacité de travail ayant débuté le 5 décembre 2013 était liquidé.

b) Par courrier du 2 octobre 2014, l'appelante a confirmé à U._____ « l'annulation du contrat collectif d'assurance » relatif à la police, _____ avec _____ effet _____ au 31 décembre 2014.

c) Par lettre du 17 mars 2017, l'appelante a annoncé au conseil de l'intimé que la couverture d'assurance d'U._____ auprès d'elle avait _____ pris _____ fin _____ au 31 décembre 2014.

Par courrier du 26 avril 2017, le conseil de l'intimé a invité l'appelante à verser le solde des indemnités journalières dues en faveur de son client pour la période postérieure au 22 mars 2015.

Par lettre du 12 juillet 2017, l'appelante a en substance répondu qu'elle n'avait pas à verser d'indemnités journalières au-delà du 22 mars 2015. Elle a notamment expliqué qu'elle faisait sienne les conclusions des médecins de la Clinique G._____, selon lesquelles malgré des limitations fonctionnelles au niveau du rachis, la dernière activité lucrative de l'intimé était médicalement exigible à un taux d'activité de 100%.

d) Par courrier du 2 juillet 2018, l'appelante a demandé à U._____ de lui communiquer les coordonnées de l'assureur auprès duquel elle avait conclu une assurance collective d'indemnités journalières maladie à partir du 1^{er} janvier 2015.

Le 9 juillet 2018, U._____ a envoyé un courriel à l'appelante, dans lequel elle lui a confirmé l'existence d'un contrat d'assurance collective conclu entre elle-même et J._____, avec effet dès le 1^{er} janvier 2015.

e) Par courrier du 28 septembre 2018, le conseil de l'intimé a interpellé J._____, afin de solliciter son consentement pour procéder à

une substitution de parties dans le cadre de la présente procédure, laquelle avait été ouverte contre l'appelante par demande du 29 mai 2018 (cf. *infra* lettre C ch. 7a).

Par courrier du 9 novembre 2018, J._____ a refusé d'accorder son consentement en faveur d'une substitution de parties. Pour justifier sa position, elle a affirmé qu'elle n'avait pas été informée du fait que l'intimé était toujours en incapacité de travail à la date de reprise du contrat d'assurance d'U._____. A cet égard, elle a précisé notamment ce qui suit :

« En complétant le 04.09.2014 le formulaire "Service de renseignements " nécessaire à l'analyse de la reprise du contrat de la concurrence, N._____ a, en effet, indiqué que le dossier en lien avec une incapacité de travail ayant débuté le 05.12.2013 était liquidé. Etant donné qu'il s'agit du seul cas faisant état d'une incapacité de travail débutant le 05.12.2013, il apparaît évident qu'il s'agit du cas de Monsieur R._____. »

Dans ce même courrier, J._____ a indiqué qu'elle considérait que l'appelante avait manqué de diligence dans la gestion de cette affaire, dès lors qu'elle n'avait pas été attentive au fait que le contrat de perte de gain maladie d'U._____ avait été résilié et qu'elle avait continué à instruire le dossier sans le porter à sa connaissance. J._____ a fait valoir que l'appelante aurait dû se rendre compte de la résiliation du contrat de l'ancien employeur de l'intimé et rechercher l'assurance ayant repris ce contrat au plus tard le 17 mars 2017, car, à cette date, elle avait indiqué à l'avocat de l'intimé que la police d'U._____ avait été résiliée au 31 décembre 2014. Or, l'appelante avait continué à participer activement à l'instruction du dossier postérieurement au 17 mars 2017, notamment en prenant part à la présente procédure.

En conclusion, J._____ a fait valoir que puisque l'appelante n'avait pas porté à sa connaissance le cas de l'intimé, elle devait continuer à régler elle-même le sinistre en cause. Elle a invoqué à cet égard l'art. 6 al. 3 de la Convention de libre passage entre assureurs d'indemnités journalières maladie (ci-après : la Convention de libre passage), dont il ressort notamment ce qui suit :

« Art. 6 Obligation de renseigner en cas d'offres

¹ L'assureur invité à déposer une offre doit requérir auprès de l'assureur antérieur des renseignements sur la durée du contrat, les conditions de prestations ou de risques, le calcul des primes et les sinistres enregistrés, ainsi que le cas de sinistres et les réserves en cours. A cette occasion, la portée de la demande se fonde sur l'annexe 1.

² L'assureur qui reçoit la demande de renseignements doit les fournir dans le délai de 10 jours ouvrables à dater de la réception de la demande.

³ L'assureur qui reçoit la demande est tenu de donner les renseignements en toute bonne foi. Si l'assureur antérieur donne de fausses informations - en particulier en ce qui concerne des prestations déjà payées et le nombre de cas en suspens - il doit continuer à régler lui-même les cas de sinistres en question, pour autant que le nouvel assureur n'ait pas eu connaissance d'une autre manière des données correctes (par ex. dans la proposition), ou aurait pu les obtenir par un underwriting correct. Est déterminant l'état de connaissance au moment de l'octroi des renseignements.

⁴ Les modifications qui se produisent entre le moment de l'octroi des informations par l'assureur antérieur et celui du début du contrat chez le nouvel assureur doivent être communiquées sur demande par l'assureur antérieur. Ces données sont également soumises aux dispositions de l'art. 6, 3^e al. »

5. De l'expertise

a) Dans le cadre de la présente procédure, une expertise judiciaire a été mise en oeuvre et confiée au Prof. D. _____, médecin-chef, FMH Rhumatologie.

Le 15 janvier 2020, celui-ci a examiné l'intimé et a réalisé des radiographies sur ce dernier.

b) Le 31 mars 2020, le Prof. D. _____ a déposé son rapport d'expertise, dans lequel il a posé les diagnostics suivants :

« • Lombalgie chroniques non spécifiques sur troubles statiques et dégénératifs du rachis avec possible claudication neurogène

• Cardiopathie ischémique et hypertensive avec status post-infarctus en 2017

- Ophtalmologie héréditaire anamnestique glaucomateuse avec status post 4 interventions bilatérales
- Consommation d'alcool à risque et probable réaction dépressive secondaire »

En ce qui concerne les différents allégués de la procédure qui lui ont été soumis, l'expert y a répondu de la manière suivante :

« 20. Le rapport d'expertise, rendu le 24.02.2015, concluait à une incapacité de travail nulle, sans diminution de rendement dans une activité adaptée sans port de charge très lourde.

Cette appréciation est manifestement inexacte. M. R. _____ présente des lombalgies chroniques dites non spécifiques sur troubles statiques et dégénératifs avec une discopathie et une arthrose interapophysaire postérieure démontrée radiologiquement. L'anamnèse, corroborée par un questionnaire d'Oswestry, parle en faveur d'un handicap sévère dans toutes les activités. Ces plaintes rachidiennes à elles seules, sans tenir compte de l'atteinte cardiaque, du glaucome et des problèmes de type psychiatrique, imposent une incapacité de travail et une diminution de rendement dans des activités avec port de charges, lourdes ou moins lourdes. On retient classiquement, en médecine asséurologique, qu'une atteinte rachidienne limite la mobilité, les positions stationnaires, les déplacements (M. R. _____ a un périmètre de marche inférieur à un kilomètre, ce qui est fort peu pour un transporteur hospitalier) et surtout le port de charge maximum, généralement estimé à 15 kg. Il est également généralement recommandé d'éviter des mouvements de rotation répétés du tronc, les positions défavorables en flexion antérieure, en particulier pour le port de charge. A noter que *l'article 25 de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail*, précise que pour un individu en bonne santé de plus de 50 ans, monsieur R. _____ en ayant 62, le poids acceptable de charges tenues près du corps est de \leq à 16 kg, valeurs indicatives valables uniquement pour les charges pouvant être tenues près du corps, transportées qu'occasionnellement et pour autant qu'une posture droite et symétrique soit garantie lors du déplacement de la charge ; faute de quoi, le poids de la charge doit être réduit !

Monsieur R. _____ souffre de lombalgies chroniques mécaniques symptomatiques et invalidantes avec des troubles dégénératifs radiologiques définitifs. Du point de vue rachidien pur, sa capacité de travail est certainement loin d'être complète dans une activité adaptée sans port de charge très lourde. Les limitations minimales imposées par son atteinte rachidienne sont toutes les positions stationnaires debout ou assises, les mouvements en porte-à-faux, en particulier avec charge, le port de charges, les mouvements répétitifs en flexion/extension ou rotation de tronc. Si l'on peut toujours argumenter sur l'existence d'une activité professionnelle répondant à toutes les limitations, dans le cas présent le port de charge doit être limité à un minimum $<$ 16 kg de manière occasionnelle, compte tenu de l'âge et de la pathologie rachidienne, et probablement plutôt à $<$ 10 kg. Cette limitation doit également

tenir compte de la problématique cardiaque et hypertensive chez un patient présentant une dyspnée d'effort, et certainement être revue vers le bas.

En conclusion, monsieur R. _____ présente des limitations majeures, une diminution du rendement et une incapacité au port de charge, même limité. Il est donc faux d'estimer qu'il présente une incapacité de travail nulle, sans diminution de rendement dans une activité adaptée sans port de charge très lourde.

22. En particulier, les experts ont retenu les limitations somatiques suivantes : pas de port de charges très lourdes (> 50 kg occasionnellement et/ou > 25 kg souvent et/ou 5-10 kg en permanence).

Je ne peux certainement pas souscrire à cet avis émis par les experts. L'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail fixe le port de charge à < 16 kg de manière occasionnelle pour la tranche d'âge de monsieur R. _____, et les recommandations sur les valeurs limites d'exposition aux postes de travail de la SUVA (ref 1903.f) (*sic*) fixe les valeurs indicatives de poids tolérables à 25 kg pour les hommes et 12 kg lors du levage et du port réguliers de charges (respectivement de manipulation). On ne (*sic*) donc peut simplement pas recommander un port de charge de > 50 kg, même occasionnel, et, compte tenu des atteintes somatiques rachidiennes et cardiaques, un port de < 12 - 15 kg occasionnel et < 5 kg plus régulièrement me semble des valeurs justes acceptables pour monsieur R. _____. A noter que dans son activité de transporteur, les charges sont extrêmement lourdes puisque le patient est amené à pousser ou tirer seul des lits avec des patients, souvent dans des positions défavorables de flexion, de rotation ou autre, activité certainement incompatible avec des limitations que l'on pourrait poser.

24. Malgré ces éléments, les experts retiennent — à tort — une incapacité totale de travail de 0 % horaire sans diminution de rendement dans l'activité d'aide-soignant, la seule contre-indication étant le port de charge très lourde.

Comme noté précédemment, je ne peux souscrire à cette évaluation. En raison de la pathologie rachidienne, atteinte associée à un handicap sévère comme le démontre l'Oswestry, l'atteinte à la santé est incompatible avec son activité d'aide-soignant et de transporteur puisque ceux-ci sont régulièrement soumis à des charges lourdes, voire très lourdes, chez un patient, dont les atteintes somatiques à la santé (ostéo-articulaires et cardiaques) imposent en particulier une limitation sévère en termes de charges, de charge en porte-à-faux, dans les mouvements répétitifs en flexion/extension ou rotation du tronc et dans le périmètre de marche. Pour l'activité de transporteur, il s'agit d'une activité purement debout, sans possibilité de s'asseoir sauf lors des pauses, qui nécessite de marcher continuellement, alors que le périmètre de marche de monsieur R. _____ est fortement limité. Les charges sont extrêmement lourdes et cumulatives sur toute la journée. La problématique est tout aussi importante pour l'activité d'aide-soignant. Les positions sont très défavorables, souvent en porte-à-faux, en rotation ou autres. Les poids sont considérables, et la mobilisation des patients ne peut que très rarement être «

mécanisée ». Le poids entier du patient est ou risque souvent d'être supporté par l'aide-soignant. A nouveau, non seulement les charges sont inadéquates et trop importantes compte tenu des limitations présentées par monsieur R._____, mais cette charge est cumulative et régulière.

Finalement, si l'atteinte ostéo-articulaire est suffisante pour être responsable à elle seule d'une incapacité totale, les problématiques cardiaques et oculaires aggravent encore la situation.

26. Il serait manifestement dangereux pour lui (ndr. : l'intimé) et les patients qu'il continue à exercer l'activité d'aide-soignant en raison du risque de se blesser ou de laisser tomber un patient.

Je m'accorde sur cet allégué. Je pense qu'il peut être dangereux, pour R._____, d'avoir ce type d'activité professionnelle à moyen et long terme en raison de son atteinte rachidienne et peut-être même à court terme à raison de l'atteinte cardiaque et oculaire. Monsieur R._____ présente un risque de blessure rachidienne immédiate avec péjoration de ses lombalgies déjà invalidantes, avec un risque de développer une problématique encore plus sévère et invalidante à long terme.

Il existe également un risque et donc une contre-indication à laisser monsieur R._____ manipuler des patients puisqu'on ne peut espérer qu'il puisse gérer les charges imposées avec un risque de lâcher un patient et de le blesser.

32. Or, les conclusions de N._____ ne peuvent être suivies, car il est notoire que le métier d'aide-soignant nécessite un port de charges incompatibles avec les limitations fonctionnelles précitées (supra 14 et 19).

Effectivement, je suis surpris que les experts de N._____ considèrent que l'activité d'aide-soignant ne requiert pas de port de charges très lourdes. M. R._____ a surtout exercé comme transporteur et comme aide-soignant dans des services de médecine interne où l'activité principale est d'aider les patients à faire leur toilette, à se lever, à se coucher ou les transporter. Cette activité expose régulièrement et quotidiennement les aide-soignants à des charges lourdes à très lourdes avec certainement un risque de se blesser, mais également, et malheureusement, de ne pas pouvoir assurer la sécurité des patients. De plus, non seulement les charges soulevées sont importantes, mais aussi très souvent le port se fait dans une position tout à fait défavorable, comme soulever un patient d'un fauteuil, et incompatible avec des lombalgies chroniques.

79. Eu égard de ce qui précède, le demandeur requiert la mise en oeuvre de nouvelles expertises par des experts spécialistes et indépendants.

Je me suis permis de réaliser uniquement une expertise rhumatologique et, comme précisé lors de l'acceptation du mandat, je n'ai pas la possibilité, dans ma structure hospitalière, de m'adjoindre un co-expert psychiatre. Toutefois, je pense que

l'atteinte somatique permet déjà de répondre aux allégués de façon satisfaisante ».

c) Le 12 janvier 2021, le Prof. D. _____ a déposé un rapport d'expertise complémentaire, dans lequel il a répondu à diverses questions comme il suit :

« Question 7a : La durée maximale des prestations est de 720 jours. L'incapacité de travail ayant débuté le 5 décembre 2013, l'indemnité journalière pourra être versée au maximum jusqu'en date du 24 novembre 2015.

Selon l'étude du dossier mis à ma disposition, et à la lumière de mon examen clinique personnel de monsieur R. _____ le 15 janvier 2020 dans le contexte de votre mandat d'expertise, je considère que l'incapacité de travail ayant débuté le 5 décembre 2013 est restée valide et valable sur la durée maximale des prestations de 720 jours et au-delà, c'est-à-dire jusqu'à notre rencontre en janvier 2020. A titre de preuve, j'ai retrouvé d'une part les certificats médicaux établis par le Dr X. _____ pour la période concernée, alors que, d'autre part, je n'ai trouvé aucun élément contradictoire en faveur d'une amélioration quelconque dans l'expertise de la Clinique G. _____ avec un examen locomoteur en date du 29 janvier 2015, c'est-à-dire durant la période concernée, où on ne fait nullement mention d'une quelconque amélioration à l'anamnèse ou l'examen clinique. Lors de l'expertise, les plaintes lombaires sont constantes, en barre, à type de coup de couteau, chiffrées entre 7 et 8 sur 10 sur une échelle analogique avec une irradiation sur la face postérieure des fesses et des cuisses, ainsi que des mollets (page 17/62). On fait même mention d'une péjoration par rapport aux observations du médecin traitant puisque les douleurs ne sont plus uniquement localisées au niveau lombaire, mais irradient dans les membres inférieurs. On note que les facteurs déclenchants sont la position assise au bout d'une heure et que l'orthostatisme est limité à 20 minutes avec l'apparition de douleurs au bout de 5 minutes, alors que la marche est limitée à 45 minutes (toujours page 17/62) chez un patient chez qui la description de l'activité professionnelle requise de l'expertisé, toujours dans la même expertise, note une station debout prolongée de > 6h avec des porte-à-faux et des ports de charge entre 2-6h par jour. De même, dans la même expertise, en page 19, on note un score d'OSWERTY à 54% correspondant à une incapacité sévère.

La lecture de l'examen clinique ne m'a révélé aucun élément non plus qui suggérerait une amélioration quelconque. A noter la mention d'un indice de Schober normal qui témoignerait de l'absence de raideur lombaire, remarque à prendre avec précaution chez un patient décrit dans la même expertise avec un excès pondéral et obésité. Au minimum, les experts auraient dû réaliser un Schober modifié, qui reste sensible à l'excès pondéral, mais moins que le Schober classique.

La modification a d'ailleurs été proposée par Macrae et Wright pour diminuer l'effet de l'excès pondéral sur cette mesure. Je n'ai donc dans l'expertise G. _____ aucun élément suggérant une

amélioration quelconque durant la période incriminée, anamnesticquement ou cliniquement, et je considère que l'incapacité de travail ayant débuté le 5 décembre 2013 est restée valide sur la durée maximale des prestations de 720 jours.

Question 7b : Avez-vous des remarques à formuler sur le contenu et les conclusions du rapport des experts de la Clinique G._____ daté du 23 février 2015 (critiques, incohérences, contradiction, et.) ?

Globalement, je suis surpris par la qualité de l'expertise de la Clinique G._____. Si la présentation est cliniquante avec de nombreux petits schémas explicatifs qui émaillent les pages de l'expertise, et la rallonge, le contenu en lui-même est pauvre en termes d'anamnèse et d'examen clinique. Par exemple, chez un patient dont la plainte principale est des lombosciatalgies bilatérales, je trouverais légitime, dans le cadre d'une expertise, de retrouver des flèches sagittales cervicale et lombaire, une distance doigt-sol, la présence ou non d'une inégalité de longueur des membres inférieurs et une description de l'examen en décubitus ventral, ainsi (*sic*) quelques tests fonctionnels objectifs de la musculature lombaire, éléments plus pertinents que des schémas explicatifs de remplissage.

Je suis surtout effaré par les commentaires, les diagnostics ou plutôt son absence et finalement l'appréciation globale du dossier. L'expert note par exemple en page 24 qu'il n'y a aucun diagnostic différentiel à évoquer, les lombalgies chroniques invalidantes mentionnées dans les rapports à disposition étant selon lui des plaintes et non un diagnostic lésionnel. Cette affirmation est finalement contraire à l'appréciation des institutions internationales, puisque l'OMS retient dans son catalogue diagnostique (ICD11) la lombalgie chronique primaire comme diagnostic (MG30.02). Il retient comme seul diagnostic, en page 16, celui de « dégénérescence (discarthrose), mais note aussi plus loin en page 25 que la dégénérescence discale observée est banale lorsqu'il est rapporté à l'âge et la surcharge pondérale. Effectivement, la discarthrose est fréquente et pas nécessairement symptomatique. Elle reste toutefois une dégénérescence discale anormale et non liée à l'âge, et peut être sans aucun doute la source de douleurs lombaires. L'observation de discarthrose chez des patients n'ayant pas mal au dos ne permet nullement d'alléguer que dans le cas présent celle-ci est asymptomatique, chez un patient qui se plaint de lombalgies chroniques.

La lombalgie ou les lombalgies chroniques restent un diagnostic dont l'étiologie peut être une atteinte lésionnelle ou non, et c'est une entité médicale reconnue et invalidante. Dans le cas présent, toute problématique lombaire ou autre est rejetée sans autres formes, et l'expert juge par exemple, en page 25, qu'il n'y avait aucun examen complémentaire à proposer, alors qu'il dit trouver une aréflexie des membres inférieurs touchant aussi bien les réflexes rotuliens qu'achilléens, chez un patient lombalgique et avec un périmètre de marche diminuée, ce qui clairement devrait faire évoquer un canal étroit pour lequel une imagerie par IRM serait nécessaire. A nouveau, cela n'est nullement évoqué puisqu'il n'y a aucun diagnostic différentiel selon l'expert.

Toutefois, le plus sidérant restent les recommandations fonctionnelles (page 61/62), dans une expertise, avec la proposition de limiter le port de charges à des charges très lourdes de > 50 kilos occasionnellement et/ou > 25 kilos souvent chez un lombalgique, ce d'autant plus que l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail fixe le port de charge à moins de 16 kilos de manière occasionnelle pour la tranche d'âge de monsieur R._____ et les recommandations sur les valeurs limites d'exposition aux postes de travail de la SUVA (ref 1903.f) fixent les valeurs indicatives de poids tolérables à 25 kg pour les hommes.

En conclusion, et à la lumière des quelques exemples retrouvés dans cette expertise, je trouve que l'expertise de la clinique G._____, d'un point de vue rhumatologique puisqu'il s'agit de mon domaine d'expertise, ne répond pas à des critères de qualité suffisants pour avoir une quelconque valeur probante ».

6. De la présente procédure

a) Le 29 mai 2018, l'intimé a déposé une demande auprès du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, au pied de laquelle il a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que l'appelante soit condamnée lui payer la somme de 30'887 fr. 50, chaque indemnité journalière portant intérêt à 5% l'an dès la date moyenne du 1^{er} août 2015.

Dans sa réponse du 11 juillet 2018, l'appelante a conclu au rejet des conclusions de la demande.

L'intimé et l'appelante ont déposé respectivement une réplique le 12 novembre 2018 et une duplique le 15 janvier 2019, dans lesquelles ils ont chacun confirmé leurs conclusions.

b) Une audience d'instruction et de premières plaidoiries a eu lieu par devant la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : la présidente) le 20 mars 2019.

c) Par décision du 24 février 2021, la présidente a relevé Me Jean-Michel Duc de sa mission de conseil d'office de l'intimé (I), a fixé l'indemnité finale de cet avocat à 5'441 fr. 75, débours, vacation et TVA

inclus, pour la période du 12 avril 2018 au 22 septembre 2020 (II), et a désigné Me Marine de Saint Léger comme nouveau conseil d'office de l'intimé (IV).

d) Le 5 octobre 2021 s'est tenue l'audience de plaidoiries finales. D'entente entre les parties, la procédure a été suspendue pour leur permettre de poursuivre leurs pourparlers transactionnels.

Par acte reçu par le greffe de l'autorité de première instance le 19 avril 2022, l'appelante a déposé une requête de novas.

e) Le 26 avril 2022, l'audience de plaidoiries finales a été reprise. D'entrée de cause, l'intimé a déposé des déterminations écrites sur la requête de novas précitée, comprenant des allégués nouveaux. Le conseil de l'appelante s'est ensuite déterminé sur les allégués nouveaux de l'intimé.

En droit :

1.

1.1 L'appel est ouvert contre les décisions finales de première instance pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

1.2 En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 CPC), contre une décision finale de première instance rendue dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable.

Il en va de même de la réponse, déposée en temps utile (art. 312 CPC).

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 5A_902/2020 du 25 janvier 2021 consid. 3.3 ; TF 4A_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2 ; JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références citées).

Sous réserve des vices manifestes, l'application du droit d'office ne signifie pas que l'autorité d'appel doive étendre son examen à des moyens qui n'ont pas été soulevés dans l'acte d'appel. Elle doit se limiter aux griefs motivés contenus dans cet acte et dirigés contre la décision de première instance ; l'acte d'appel fixe en principe le cadre des griefs auxquels l'autorité d'appel doit répondre eu égard au principe d'application du droit d'office (cf. ATF 147 III 176 consid. 4.2.1 et 4.2.2 ; TF 5A_873/2021 du 4 mars 2022 consid 4.2 applicable en appel).

3. L'appelante expose tout d'abord une série de faits en p. 2 à 13 de son acte d'appel. Elle n'accompagne toutefois cette présentation d'aucun grief de constatation inexacte des faits. Ceux-ci sont donc irrecevables dès lors qu'ils n'ont pas été constatés par l'autorité précédente et qu'ils ne reposent sur aucun moyen de preuve nouveau au sens de l'art. 317 al. 1 CPC. Aucune démonstration allant dans ce sens n'est entreprise.

4.

4.1 L'appelante fait valoir que son droit d'être entendue aurait été violé, au motif que le jugement attaqué ne contiendrait aucun développement sur la question de savoir si l'intimé était au bénéfice d'un contrat de mission en cours valable au moment de la survenance de son incapacité de travail.

4.2 Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101) impose au juge de motiver sa décision, permettant ainsi au justiciable d'exercer son droit de recours en connaissance de cause et à l'autorité de recours d'exercer un contrôle efficace (ATF 136 I 229 consid. 5.2 ; ATF 121 I 54 consid. 2c ; TF 5A_898/2016 du 27 janvier 2017 consid. 4.1.1). Il suffit que le juge mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision. Il n'est pas tenu d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et arguments invoqués par les parties, mais peut se limiter aux éléments qui peuvent être tenus pour pertinents (ATF 142 III 433 consid. 4.3.2 ; ATF 142 II 154 consid. 4.2). Du moment que le lecteur peut discerner les motifs ayant guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté, même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision. En revanche, une autorité se rend coupable d'un déni de justice formel prohibé par l'art. 29 al. 2 Cst. si elle omet de se prononcer sur des griefs présentant une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 et les références).

4.3 En l'espèce, l'appelante fonde son argumentation juridique, qui selon elle aurait été oubliée par l'autorité précédente, sur un arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 28 avril 2017 (TF 4A_657/2016), dont il ressortirait qu'à la fin d'un contrat de mission l'employé d'une entreprise de location de services ne serait plus assuré par l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie.

Cet arrêt, en allemand et jamais repris depuis lors, ne dit pas cela. Il n'indique en particulier pas que le paiement d'indemnités journalières à un employé d'une entreprise locataire de services serait subordonné au fait que celui-ci soit en mission au moment de l'incapacité de travail. En effet, cet arrêt traitait d'un cas où le contrat conclu entre le travailleur et l'entreprise locataire de services se terminait en même temps que la mission. Or tel n'est pas le cas ici. En effet, comme l'a allégué l'intimé et comme cela ressort de l'« annonce de maladie/attestation perte de gain » établie par U._____ le 17 décembre 2013 sur formulaire de l'appelante (cf. pièce 1), l'intimé et U._____ ont conclu un contrat de durée indéterminée, en vigueur dès le 3 juillet 2010 et toujours en cours au moment de l'annonce de l'incapacité de travail, le 17 décembre 2013. La question de savoir si l'intimé était en mission lors de la survenance de l'incapacité de travail n'était ainsi pas pertinente et le fait de ne pas la traiter ne violait pas le droit d'être entendue de l'appelante.

On notera au demeurant que selon les allégués des parties et les pièces au dossier dont en particulier la police, le contrat d'assurance signé entre l'appelante et U._____ ne subordonnait pas le versement d'indemnités journalières au fait qu'en plus d'être employé par cette dernière, l'intimé soit en mission au moment de la survenance de l'incapacité de travail. Une telle appréciation est encore renforcée par le comportement de l'appelante puisque celle-ci a versé des indemnités journalières en 2014 et 2015 sans examiner ou vérifier si l'intimé était en mission pour U._____ lors du début de l'incapacité de travail. C'est dire que ce point n'était pas pertinent même à ses yeux. Dans ces conditions, on ne saurait faire primer les informations ressortant de la pièce 82 - soit des extraits d'un « rapport initial » établi par l'Office AI dans des conditions inconnues avec un intimé manifestement pas au clair avec la structure triangulaire existant en présence d'une entreprise de location de services et qui n'apparaît signé par personne - sur les informations données par U._____ dans son annonce de maladie du 17 décembre 2013.

Partant, le grief est infondé et doit être rejeté.

5.

5.1 L'appelante invoque ensuite que l'art. 25 CGA prévoirait la suppression du droit aux prestations lorsque cesse la couverture d'assurance, laquelle serait liée à l'extinction du contrat selon l'art. 42 CGA. Elle nie que l'art. 6 al. 3 de la Convention de libre passage lui imposerait d'assumer, vu les informations incorrectes transmises au nouvel assureur, le sinistre au-delà de l'extinction du contrat. Elle reproche enfin aux premiers juges d'avoir retenu qu'elle aurait adopté un comportement contradictoire en invoquant l'extinction de la couverture d'assurance après avoir versé des indemnités journalières postérieurement au moment de cette extinction.

5.2 L'art. 25 CGA prévoit qu' « après l'extinction de la couverture d'assurance, l'obligation qui nous incombe de verser des prestations s'éteint ».

L'art. 42 CGA prévoit quant à lui que la couverture d'assurance prend fin « à l'extinction du contrat », mais tout autant « à l'épuisement du droit aux prestations ». Si on retient cette dernière hypothèse, l'obligation de prêter s'éteint (art. 25 CGA) dès lors avec l'épuisement du droit aux prestations (720 jours). Il s'ensuit que l'appelante reste tenue de verser des prestations, une fois le sinistre survenu, indépendamment de la résiliation du contrat d'assurance. L'appelante ne saurait donc rien tirer en sa faveur des dispositions précitées de ses CGA.

5.3 Au surplus, l'application de la Convention de libre passage que l'appelante invoque et que l'art. 48 CGA, également invoqué par elle, réserve, va dans le même sens. En effet selon l'art. 6.3 de ladite convention, l'assureur qui reçoit une demande de renseignement du potentiel futur assureur sur notamment les sinistres enregistrés (art. 6 al. 1) est tenu de donner les renseignements en toute bonne foi. Si l'assureur antérieur donne de fausses informations - en particulier en ce qui concerne des prestations déjà payées et le nombre de cas en suspens - il

doit continuer à régler lui-même les cas de sinistres en question, pour autant que le nouvel assureur n'ait pas eu connaissance d'une autre manière des données correctes, ou aurait pu les obtenir par un underwriting correct. Est déterminant l'état de connaissance au moment de l'octroi des renseignements. L'art. 6 al. 4 imposait quant à lui à l'appelante de communiquer les modifications se produisant entre le moment de l'octroi des informations par elle, selon l'art. 6 al. 3 de la Convention de libre passage, et celui du début du contrat chez le nouvel assureur.

En l'espèce, U. _____ a informé l'appelante de ce que l'intimé se trouvait en arrêt maladie dès le 5 décembre 2013. Les premiers juges n'ont pas constaté que cet arrêt maladie aurait pris fin avant le 4 septembre 2014 et il n'y pas lieu de réexaminer cette question, l'appelante ne soulevant à cet égard aucun grief d'appréciation des preuves ou de constatation inexacte des faits correctement motivé. Son affirmation - dans la partie fait de son acte d'appel - selon laquelle l'intimé aurait de nouveau été apte au travail le 12 mars 2014 n'est au demeurant pas établie, l'expertise judiciaire démontrant le contraire. La « notice d'entretien téléphonique » (pièce 70) que l'appelante invoque à cet égard - établie on ne sait ni quand ni par qui, quasiment illisible - n'est pas suffisante pour le démontrer. Dans ces conditions, on ne peut que constater, avec les premiers juges, que le 4 septembre 2014 lorsque l'appelante a fourni des informations sur les sinistres en cours notamment au nouvel assureur d'U. _____, elle a indiqué faussement que le cas de l'intimé était liquidé. L'appelante ne soutient pas que le nouvel assureur aurait dû se rendre compte que le cas de l'intimé n'était alors pas liquidé et cela ne résulte aucunement du dossier. Partant, l'appréciation des premiers juges selon laquelle, conformément à l'art. 6 al. 3 de la Convention de libre passage, l'appelante devait continuer à régler elle-même le sinistre de l'intimé ne prête pas le flanc à la critique. On relèvera par surabondance que l'appelante a reçu des certificats médicaux d'incapacité de travail concernant l'intimé le 1^{er} octobre 2014. Or entre ce moment et la fin du contrat, le 31 décembre 2014, elle aurait dû transmettre au nouvel assureur, conformément à l'art. 6 al. 4 de la

Convention de libre passage, l'information – considérait-elle alors que le sinistre concernant l'intimé avait été à un moment clos – que tel n'était pas le cas. On ne voit en effet pas que l'appelante ait dû attendre sur ce point une demande du futur assureur, celui-ci ne pouvant savoir que la situation de l'intimé aurait changé. Il incombait au contraire à l'appelante de communiquer de tels éléments au nouvel assureur. Elle disposait de trois mois avant l'échéance du contrat pour le faire. Pour ce motif également, dût-on par impossible considérer que le sinistre aurait été à un moment clos avant l'échéance du contrat, l'appelante restait débitrice, en application de l'art. 6 al. 4 et 6 al. 3 de la Convention de libre passage, des indemnités journalières prévues par la police, malgré la résiliation du contrat. Au demeurant, on constate que l'attitude de l'appelante, avant l'ouverture de la procédure judiciaire, a bien été celle d'une assurance qui estime être toujours en charge du sinistre, malgré la résiliation du contrat d'assurance, soit en vertu des art. 25 et 48 CGA, soit en vertu de l'art. 6 al. 3 et 4 de la Convention de libre passage. En effet, l'appelante a continué, malgré la résiliation du contrat d'assurance par U._____, et même après dite résiliation, à instruire de la réalité de l'incapacité de travail de l'intimé et même à lui verser des prestations et ce pour la période tant antérieure que postérieure à l'échéance du contrat (solution adoptée dans le même sens *in* ATF 127 III 106 S. 109 consid. 3c). De même, alors que l'appelante avait indiqué le 17 mars 2017 à l'intimé que le contrat d'assurance avait été résilié au 31 décembre 2014, elle l'a informé le 12 juillet 2017 qu'elle ne lui verserait pas d'indemnités au-delà du 22 mars 2015 non à cause de la fin de la couverture d'assurance au terme de l'année 2014, mais car elle estimait qu'il n'était pas incapable de travailler. Le comportement contradictoire de l'appelante ne saurait recevoir aucune protection. Contrairement à ce que celle-ci soutient, c'est en effet son comportement – information erronée, respectivement défectueuse au nouvel assureur de l'employeur de l'intimé – qui a causé le défaut de couverture.

6.

6.1 L'appelante reproche ensuite à l'autorité précédente d'avoir retenu que l'intimé devait prouver au moins avec une vraisemblance prépondérante qu'il était en incapacité de travail pendant la période litigieuse, la jurisprudence exigeant une pleine conviction.

6.2 Selon la jurisprudence récente, conformément au principe général de l'art. 8 CC qui s'applique aussi dans le domaine du contrat d'assurance, l'ayant droit est tenu de prouver les faits relatifs à la « justification de ses prétentions » (selon la note marginale de l'art. 39 LCA), à savoir l'existence d'un contrat d'assurance, la survenance du cas d'assurance et l'étendue de ses prétentions. Il incombe à l'assureur de prouver les faits qui l'autorisent à réduire ou à refuser la prestation contractuelle convenue ou qui rendent le contrat d'assurance non contraignant à l'égard de l'ayant droit. Le degré de preuve ordinaire s'applique à l'incapacité de travail alléguée en lien avec la survenance du cas d'assurance. Par conséquent, la preuve est apportée lorsque le tribunal, en se fondant sur des éléments objectifs, est convaincu de l'exactitude d'une allégation de fait. Il suffit qu'il n'y ait plus de doutes sérieux quant à l'existence du fait allégué ou que les doutes qui subsistent éventuellement paraissent légers (ATF 148 III 105 consid. 3.3.1).

6.3 En l'occurrence, le grief est infondé, l'autorité précédente ayant retenu une incapacité de travail non pas au stade de la vraisemblance prépondérante, mais comme établie sans réserve (cf. jugement, ch. V let. g qui retient ce fait comme « constant »).

7.

7.1 Dans ce contexte également, l'appelante conteste la valeur probante donnée à l'expertise judiciaire, qu'elle voudrait voir écartée au profit du rapport établi par la clinique qu'elle a consultée, des prévisions futures optimistes du médecin traitant de l'intimé ou encore des données résultant du dossier AI de l'intimé. Elle conteste ainsi que l'incapacité de travail de l'intimé durant la période de versement litigieuse ait été prouvée.

7.2 En l'espèce, dans son rapport d'expertise déposé le 31 mars 2020, et complété le 12 janvier 2021, le Prof. D._____ a indiqué que l'intimé avait été incapable de travailler à 100% du 5 décembre 2013 jusqu'à la fin du droit aux prestations litigieuses et au-delà, son incapacité de travail étant due à des « lombalgies chroniques non spécifiques sur troubles statiques et dégénératifs du rachis avec possible claudication neurogène ».

A l'instar de ce qu'ont retenu les premiers juges, il n'existe aucun motif de s'écarter des conclusions de l'expert judiciaire sur ce point, celles-ci étant fondées sur des constatations claires et complètes qui répondent à la question litigieuse. L'anamnèse contenue dans le rapport d'expertise démontre en particulier que l'expert a rédigé celui-ci en ayant une pleine connaissance du dossier. Il apparaît en outre que pour aboutir à ses conclusions, l'expert a repris en détail tant les examens effectués par ses soins que les rapports médicaux effectués antérieurement par les médecins consultés par l'intimé ou mandatés par l'appelante. Le Prof. D._____ a également exposé, de manière convaincante, pour quels motifs il s'écarterait des avis médicaux antérieurs, notamment ceux de la Clinique G._____. A cet égard, il a mis en évidence les raisons pour lesquelles l'absence de tout diagnostic impactant la capacité de travail de l'intimé n'apparaissait pas crédible, relevant au demeurant que les médecins de la Clinique G._____ préconisaient des recommandations fonctionnelles liées au port de charges qui n'étaient pas compatibles - même pour une personne non lombalgique - avec ce que prévoit l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail pour la tranche d'âge de l'intimé. Dans ces conditions, l'appréciation des premiers juges selon laquelle l'expertise judiciaire revêt davantage de valeur probante que le rapport de la Clinique G._____ ne prête pas le flanc à la critique, d'autant plus que selon la jurisprudence ce rapport - assimilable à une expertise privée - doit être considéré comme une simple allégation de partie (TF 4A_85/2017 du 4 septembre 2017 consid. 2.2.2). Il en va de même s'agissant du certificat médical du médecin traitant de l'intimé du 19 mars 2015, dont il ressort que ce dernier aurait pu recouvrer une

capacité de travail de 100% en juin 2015. On relèvera à cet égard qu'il s'agissait manifestement là d'une vue trop positive du futur qui ne s'est pas réalisée, ce que l'expertise judiciaire, fondée sur des examens complets a permis d'établir. L'appelante ne saurait rien en tirer ici.

S'agissant du fait que l'intimé s'occuperait de ses filles, cela n'a rien à voir avec un travail d'aide-soignant qui, comme en atteste l'expertise judiciaire, implique le port fréquent de poids lourds, celui des patients, et beaucoup de marche que l'intimé ne pouvait alors pas faire. Le fait que l'intimé se soit occupé de ses enfants pendant son incapacité de travail, sans que l'on sache l'aide qu'il pouvait avoir notamment de ses proches, n'implique donc aucunement qu'il ait été apte à exercer son activité d'aide-soignant. Il va de même du fait que l'intimé ait touché le revenu d'insertion pendant la période litigieuse, ce qui n'a du reste pas été établi.

Quant au fait que l'intimé ait pu exercer la profession d'auxiliaire de santé entre 2017 et 2019, le jugement entrepris ne constate pas à quel taux cette activité aurait été exercée, si elle l'a été en continu et si oui pour quelle période de temps ininterrompu. Il ne constate pas non plus quel mouvement cette activité impliquait, notamment si elle nécessitait le port de charges, qui plus est lourdes et fréquentes, ou encore beaucoup de marche. L'appelante ne se plaint à ces égards pas de constatation incomplète des faits ni n'invoque des preuves au dossier établissant de tels éléments. Dans ces conditions, on ne saurait retenir son affirmation selon laquelle les deux emplois - celui exercé jusqu'en décembre 2013 et celui exercé, dans des conditions inconnues, dès 2017 - seraient similaires. On ne saurait non plus considérer que l'exercice de cette dernière activité, dans des conditions inconnues, serait propre à remettre en cause les conclusions de l'expert judiciaire et l'appréciation des premiers juges selon lesquelles l'intimé était totalement incapable pendant la période litigieuse, antérieure à 2017, d'exercer son activité d'aide-soignant.

L'appelante conclut encore que l'expertise judiciaire du Prof. D. _____ serait « manifestement plus floue par rapport aux données collectées à l'époque par l'assurance-invalidité ». Tel que motivé, n'indiquant notamment pas quelles données collectées par l'AI seraient plus précises que celles recueillies par l'expert judiciaire et ce pour quel motif, le grief est irrecevable. Au vu des éléments qui précèdent, il est au demeurant infondé.

8.

8.1 L'appelante soutient ensuite - l'incapacité de travail de l'intimé serait-elle confirmée - qu'elle était en droit de refuser totalement ou partiellement le versement d'indemnités journalières en raison d'un défaut d'annonce à l'AI. Elle invoque sur ce point les art. 61 LCA et 56 CGA, ainsi que l'art. 2 CC.

8.2

8.2.1 Aux termes de l'art. 61 LCA, aujourd'hui abrogé, 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).

Le titre « obligation de réduire l'étendue du dommage » des CGA de l'appelante contient les art. 56 à 59. Selon l'art. 56 CGA, si l'assuré se soustrait ou refuse un traitement dont on peut raisonnablement attendre de lui qu'il s'y soumette ou à des mesures de réinsertion dans la vie professionnelle prometteuses d'une amélioration substantielle de sa capacité de gain ou d'une nouvelle possibilité de gain, ou s'il n'y participe pas de son propre chef autant que l'on peut raisonnablement l'attendre de lui, les prestations qui lui sont allouées pourront être passagèrement ou durablement réduites ou supprimées. Selon l'art. 58 CGA, si la capacité de

travail restante de l'assuré n'est pas exploitée, il sera tenu compte de l'obligation qui lui est faite de réduire l'étendue du dommage dans le calcul de son indemnité journalière. Aux termes de l'art. 59 CGA, à défaut d'annonce à l'assurance invalidité et à l'assurance chômage, l'appelante est autorisée à suspendre le versement des indemnités journalières. Les éventuelles allocations versées seront calculées en tenant compte des prestations qui auraient été accordées selon toute probabilité par ces assurances.

8.2.2 Comme relevé ci-dessus, il incombe à l'assureur de prouver les faits qui l'autorisent à réduire ou à refuser la prestation contractuelle convenue ou qui rendent le contrat d'assurance non contraignant à l'égard de l'ayant droit (ATF 148 III 105 consid. 3.3.1).

8.3 En l'occurrence, l'appelante se plaint uniquement à l'appui de son grief d'un défaut d'annonce à l'AI.

Cela étant, elle n'expose pas que l'autorité précédente aurait omis de constater le caractère inexcusable du comportement de l'intimé, ni n'établit ce faisant un tel caractère inexcusable. Elle n'invoque pas non plus que l'autorité précédente aurait omis de constater la quotité des prestations que l'intimé aurait pu toucher de l'AI et donc la quotité des montants qu'elle aurait été autorisée à déduire des indemnités journalières du fait de ce comportement, dût-on le retenir, en vertu de l'art. 61 LCA - cette disposition serait-elle applicable -, ni n'établit en appel dite quotité. Le grief de violation de cette disposition est pour ce motif déjà infondé.

Le défaut d'annonce à l'AI n'est pas régi dans les CGA par l'art. 56 mais par l'art. 59 CGA. Ici encore, force est de constater que l'appelante n'invoque pas de grief de constatation inexacte des faits s'agissant des « prestations qui auraient été accordées selon toute probabilité » par l'AI, ni n'établit, selon toute probabilité, dites prestations. Les indemnités dues selon la police ne sauraient dans ces conditions être

réduites, encore moins supprimées du fait de ce prétendu défaut d'annonce.

L'appelante invoque encore l'art. 56 CGA. On peut douter que cette disposition traite des conséquences d'un défaut d'annonce à l'AI dès lors que cette hypothèse est expressément régie par l'art. 59 CGA. Cette question peut toutefois rester ouverte. En effet, ici encore l'appelante n'expose pas en quoi les conditions restrictives posées par l'art. 56 CGA, permettant une réduction voire une suppression des prestations dues, seraient remplies, et tel n'apparaît pas être le cas.

En définitive, l'appel est également infondé sur ce point, la question d'un éventuel abus de droit de l'appelante à invoquer les dispositions qui précèdent n'ayant pas besoin d'être tranchée, les conditions n'en étant pas réalisées.

9. L'appelante invoque encore que le nombre d'indemnités journalières restant dues à l'intimé aurait été mal calculé par les premiers juges.

En effet, la police prévoit le versement de 720 jours d'indemnités et un délai d'attente de 2 jours. En outre, l'art. 21 CGA prévoit que le délai d'attente est déduit de la durée de paiement des prestations. Comme le reconnaît l'intimé, ce ne sont donc pas 720 indemnités journalières auxquelles celui-ci avait droit, mais 718 indemnités journalières. Vu les 471 indemnités perçues, l'intimé n'avait dès lors plus droit qu'à 247 jours d'indemnités (718 - 471) et non à 249 jours comme retenu par l'autorité de première instance. Le montant dû à l'intimé s'élève ainsi à 30'516 fr. 85 (247 jours x 123 fr. 55), soit à 246 fr. 15 de moins que la somme de 30'763 fr. qui lui a été allouée par les premiers juges.

L'appel sera admis sur ce point et le jugement réformé en conséquence.

10. L'appelante se plaint de la quotité des dépens qui ont été alloués à l'intimé, par 10'000 francs. Elle soutient que ceux-ci auraient dû se situer dans la fourchette inférieure de 2'000 fr. prévue par l'art. 5 TDC (tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6). Elle relève au surplus que le conseil de l'intimé n'aurait invoqué que 14 heures de travail en lien avec le dossier de la cause et qu'il aurait eu des « dépens effectifs » de 3'113 fr. 20 seulement.

En l'occurrence, le montant des dépens de 10'000 fr. correspond au maximum du tarif prévu par l'art. 5 TDC applicable en procédure simplifiée. Il n'y a à cet égard pas de violation de cette disposition.

S'agissant des dépens effectifs de l'intimé, l'appelante perd ici de vue que les dépens ne sont pas calculés selon le même taux horaire, notamment, que l'indemnité due au conseil d'office, qui est calculée sur la base d'un montant horaire de 180 fr. pour un avocat breveté et de 110 fr. pour un avocat-stagiaire (art. 2 al. 1 let. a et b RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3]).

Enfin et surtout, il résulte de la procédure que l'intimé n'a pas seulement été assisté par Me Marine de Saint Léger comme avocate d'office - laquelle a invoqué dans sa liste des opérations un temps de travail consacré au dossier de respectivement 13 h 75 par un avocat breveté et 0,58 heure par un avocat-stagiaire - mais également préalablement par Me Jean-Michel Duc, qui s'est vu indemniser 26h05 d'activité pour un montant de 5'441 fr. 75 (cf. décision de la présidente du 24 février 2021). C'est ainsi non pas seulement 14 heures de travail qui ont été invoquées par les conseils de l'intimé, comme le soulève l'appelante, mais un total de 40 heures de travail.

Au vu de ce nombre d'heures - qui ne sont aucunement disproportionnées compte tenu de la difficulté de la cause, des écritures échangées et de l'instruction menée -, les dépens accordés, correspondant à environ 28h40 de travail à un tarif horaire de 350 fr., n'apparaissent aucunement excessifs.

Il s'ensuit que le grief est infondé.

11. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être partiellement admis et le jugement réformé au chiffre I de son dispositif en ce sens que l'appelante doit payer à l'intimé la somme de 30'516 fr. 85, avec intérêts à 5% l'an courant dès le 1^{er} août 2015. Le jugement est confirmé pour le surplus.

L'admission très limitée de l'appel ne justifie pas que le sort des frais de première instance soit revu.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires de deuxième instance (art. 114 let. e CPC).

Dès lors que l'appelante succombe sur plus de 99% des conclusions prises dans son acte d'appel, elle doit être astreinte à verser des dépens de deuxième instance à l'intimé (art. 106 al. 2 CPC), qui seront arrêtés à 1'500 fr. (art. 3 al. 2 et 7 TDC).

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
prononce :

- I.** L'appel est partiellement admis.
- II.** Le jugement est réformé au chiffre I de son dispositif comme il suit :

I. dit que N._____ doit payer à R._____ la somme de 30'516 fr. 85 (trente mille cinq cent seize francs et huitante-cinq centimes), avec intérêts à 5% l'an courant dès le 1^{er} août 2015.

Le jugement est confirmé pour le surplus.

- III.** N._____ doit payer à R._____ la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- IV.** L'arrêt, rendu sans frais judiciaires, est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- N._____,
- Me Jean-Michel Duc (pour R._____),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral – RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :