

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 18 juin 2015

Composition : M. COLOMBINI, président
Mmes Charif Feller et Crittin Dayen, juges
Greffier : M. Tinguely

Art. 12 al. 3 LAMal ; art. 18 al. 1 CO

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **L.**_____, à [...], demandeur, contre le jugement rendu le 13 février 2015 par la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal dans la cause divisant l'appelant d'avec **P.**_____**SA**, à [...], défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 13 février 2015, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a rejeté la demande (I), dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires (II) et mis à la charge du demandeur L. _____ une indemnité de 5'000 fr. à payer à la défenderesse P. _____ SA à titre de dépens (III).

En droit, les premiers juges ont estimé que lorsque le sinistre était survenu, soit le 23 novembre 2006, la couverture d'assurance n'existait plus, l'assurée ayant cessé son activité professionnelle le 13 novembre 2006, au plus tard le lendemain. Pour la Cour des assurances sociales, le demandeur ne pouvait donc fonder ses prétentions au paiement d'indemnités journalières sur le contrat collectif n° [...] conclu entre P. _____ SA et la société en nom collectif C. _____ S.N.C., dont la procédure de faillite avait été clôturée le 17 juillet 2008.

B. Par acte du 20 mars 2015, L. _____ a interjeté appel contre ce jugement, prenant les conclusions suivantes :

- « 1) L'appel est recevable ;
2) P. _____ SA est condamnée à payer à L. _____ la somme de CHF 95'995.-, plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} août 2007 ;
3) Subsidiairement, la cause est renvoyée à l'instance inférieure pour complément d'instruction ;
4) Le tout avec suite de frais et dépens. »

Le 4 juin 2015, P. _____ SA a déposé un mémoire de réponse, prenant les conclusions suivantes :

« A la forme

- Donner acte à la P. _____ SA de ce qu'elle s'en rapporte à l'appréciation de la Cour de céans s'agissant de la recevabilité de l'appel interjeté par Monsieur L. _____.

Au fond

- Rejeter l'appel interjeté par Monsieur L. _____.

- Débouter Monsieur L._____ de toutes ses conclusions.
- Confirmer le jugement AMC [...] prononcé le 13 février 2015 par la Cour des assurances sociales.
- Condamner Monsieur L._____ en tous les frais et dépens de la procédure.
- Débouter Monsieur L._____ de toutes autres, plus amples ou contraires conclusions. »

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

1. H._____, née en 1951 et décédée le 1^{er} mars 2009, a exploité à partir de 1992 un commerce de vêtements à l'enseigne « [...] » à la rue de Bourg, à Lausanne. Cette raison individuelle a été radiée en janvier 2003 par suite d'association de sa titulaire avec son mari L._____ pour la poursuite de l'exploitation sous la forme d'une société en nom collectif sous la raison sociale « C._____S.N.C.». Les deux associés H._____ et L._____ bénéficiaient de la signature individuelle.

2. En 1998, H._____ a conclu avec P._____SA un contrat collectif d'assurance n° [...] pour le versement d'indemnités journalières en cas de maladie.

Un nouveau contrat a été conclu entre les mêmes parties, portant la date du 28 novembre 2002, et le même numéro de police (assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie), qui remplaçait « tous les documents établis précédemment sous le même numéro ». Ce contrat renvoyait, concernant les conditions contractuelles, à l'édition 2002 des conditions générales d'assurance de P._____SA (ci-après : les CGA). Prévu pour durer initialement du 1^{er} janvier 2003 au 1^{er} janvier 2008, le contrat se prolongeait d'année en année, sauf résiliation signifiée trois mois avant son expiration. Le contrat prévoyait le versement d'une prime annuelle de 1'699 fr. 20, avec décompte définitif de prime après la fin de l'année d'assurance sur la base des salaires communiqués par le preneur d'assurance. Les personnes assurées étaient d'une part H._____, celle-ci étant assurée nominativement, et d'autre part tout le

personnel étranger à la famille. En ce qui concernait H._____, l'indemnité journalière correspondait à 100% du salaire annuel fixe convenu de 48'000 fr., après un délai d'attente de 30 jours.

Selon les CGA, la teneur du contrat d'assurance ainsi que les conditions contractuelles constituaient le contenu du contrat, lequel était régi par la LCA (loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance ; RS 221.229.1) (G1), l'indemnité journalière était due en cas d'incapacité de travail consécutive à une maladie attestée médicalement d'au moins 50% (D2), son montant étant proportionnel au degré de l'incapacité de travail (D3). L'indemnité journalière était entière dès 66,66% d'incapacité de travail (D3). L'assuré avait droit à 730 indemnités journalières au maximum dans une période de 900 jours (D4). Les CGA disposaient encore que la couverture d'assurance prenait fin pour chaque assuré à l'expiration de la durée maximale du droit aux prestations, en cas d'annulation du contrat d'assurance, lorsque l'assuré quittait le cercle des personnes assurées, lorsqu'il cessait son activité professionnelle, et pour les personnes assurées nominativement, au plus tard lorsqu'elles atteignaient l'âge de 70 ans (G3).

Ce contrat a fait l'objet d'un avenant le 17 novembre 2005, consistant à indiquer la nouvelle raison sociale du preneur («C._____S.N.C.»), toutes les autres dispositions de la police restant inchangées.

3. Le 25 novembre 2005, P._____SA a fait parvenir à C._____S.N.C. un relevé du compte de primes pour l'année 2006, faisant état d'une prime de 2'492 fr. 80, échue le 1^{er} janvier 2006.

Par lettre recommandée du 15 février 2006, P._____SA a mis en demeure C._____S.N.C. de verser ce montant de 2'492 fr. 80 dans un délai de quatorze jours à compter de l'envoi de cette sommation. Ce courrier précisait qu'en vertu des art. 20 et 21 LCA, l'obligation aux prestations cesserait à l'expiration de ce délai pour les sinistres survenus

ultérieurement jusqu'au paiement total du montant ouvert, y compris les frais.

4. Le 26 avril 2006, P. _____ SA a adressé à C. _____ S.N.C. un décompte définitif de primes pour l'année 2005 présentant un solde de 190 fr. 40 en sa faveur.

5. Le 15 mai 2006, P. _____ SA a fait notifier à C. _____ S.N.C. un commandement de payer (poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de Lausanne-Est) la prime pour l'année 2006 par 2'492 fr. 80, intérêts moratoires par 20 fr. et frais de dossier par 50 fr. en sus.

Le 8 juin 2006, C. _____ S.N.C. s'est acquittée de la prime d'assurance pour l'année 2006, objet du commandement de payer précité.

6. Par lettre recommandée du 29 juin 2006, intitulée « rappel pour votre assurance d'indemnité journalière en cas de maladie », P. _____ SA a mis en demeure C. _____ S.N.C. de régler dans un délai de quatorze jours le montant de 190 fr. 40 (solde de la prime 2005) échu le 26 avril 2006 pour son assurance d'indemnités journalières en cas de maladie. Ce courrier indiquait ce qui suit :

« Madame, Monsieur,
Il a certainement échappé à votre attention de régler le montant échu le 26.04.2006 pour votre assurance d'indemnité journalière en cas de maladie. Nous vous prions de combler ce retard par le paiement dans les prochains 14 jours afin d'éviter la mise hors vigueur de votre contrat.
Sur la base des dispositions de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (art. 20 et 21 LCA) citées ci-dessous, notre obligation aux prestations cesse à l'expiration des 14 jours à compter de l'envoi de cette sommation, pour les sinistres survenus ultérieurement jusqu'au paiement total du montant ouvert y compris les frais.
(...). »

Il est apparu que la Poste Suisse avait vainement présenté ce courrier à la distribution le 30 juin 2006. Une invitation à retirer l'envoi à l'Office de poste de l'avenue de la Gare 43bis, 1001 Lausanne, a été délivrée au nom de la société « [...] ». Le courrier a été retiré au guichet

le 2 juillet 2006 par une personne inconnue, dont la signature sur l'avis de retrait était illisible, la société [...] SA ayant par la suite confirmé que cet avis portait bien la signature de l'une de ses collaboratrices en charge du courrier de sa case postale. Elle a en outre indiqué que le courrier avait, selon toute vraisemblance, été retourné à P._____SA, H._____ étant inconnue auprès de la société.

7. Le 28 juillet 2006, P._____SA a fait parvenir à C._____S.N.C., sous pli recommandé, une lettre intitulée « sommation », qui comportait deux pages, et dont la première page avait la teneur suivante:

« Sommation pour votre assurance d'indemnité journalière en cas de maladie
Contrat d'assurance [...]
Madame, Monsieur,
Il y a un mois nous vous avons rappelé par lettre le montant échu pour votre assurance d'indemnité journalière en cas de maladie. Jusqu'à ce jour nous n'avons reçu aucun paiement de votre part.
En cas de nouveau retard de paiement nous nous verrons contraints, selon les dispositions de la loi sur le contrat d'assurance (art. 20 et 21 LCA) de recouvrer la créance par la voie légale. Cette mesure vous exposerait à des désagréments et à de nouveaux frais. De plus, nous tenons à vous rappeler que l'assurance est hors vigueur depuis le 14^{ème} jour suivant de (sic) notre première sommation et qu'aucune couverture n'existe actuellement en cas de sinistre.
(...). »

La seconde page de cette lettre retranscrivait dans leur entier les alinéas 1 à 3 de l'art. 20 LCA, ainsi que les deux alinéas de l'art. 21 LCA.

A ce courrier était jointe une facture portant sur un montant de 210 fr. 40, soit le solde de prime pour l'année 2005 par 190 fr. 40, plus les frais de sommation par 20 francs.

Il est apparu que la Poste Suisse, après une tentative infructueuse de distribution, a invité le 31 juillet 2006 le destinataire de ce

courrier à le retirer au guichet, indiquant par la suite qu'elle n'était plus en mesure d'établir ce qu'il était advenu de ce courrier, dès lors que les lettres recommandées demeuraient enregistrées dans son système électronique pendant une année. De la copie du registre des retraits, il ressortait cependant qu'aucune signature ne figurait en ce qui concernait la distribution de la lettre recommandée en question. Enfin, la Poste Suisse a précisé qu'elle avait interpellé le destinataire de ce courrier et que celui-ci lui avait répondu par écrit du 18 septembre 2007 qu'il n'avait jamais reçu cet envoi.

8. Le 25 août 2006, P. _____ SA a fait notifier à C. _____ S.N.C. un commandement de payer (poursuite n° ...)[...] de l'Office des poursuites de Lausanne-Est) la somme de 190 fr. 40, à laquelle s'ajoutaient 20 fr. de frais de sommation, 50 fr. de frais de dossier, 30 fr. de frais pour le commandement de payer et 5 fr. de frais d'encaissement, soit un montant total de 295 fr. 40. Ce commandement de payer indiquait comme titre de la créance : « prime d'assurance d'indemnité journalière en cas de maladie n° ...)[...], échue le 26.04.2006 ». Il a été notifié le 4 septembre 2006 à L. _____ et n'a pas été frappé d'opposition.

Il ressort d'une note interne de P. _____ SA datée du 3 octobre 2006 que celle-ci a choisi de renoncer à requérir la continuation de la poursuite, la prime étant inférieure à 200 francs. Cette note relevait également que le preneur d'assurance était toujours en retard de paiement y compris en ce qui concernait les autres polices d'assurances conclues auprès d'elle.

9. Par courrier recommandé du 26 octobre 2006, P. _____ SA a signifié à C. _____ S.N.C. qu'elle avait procédé à l'annulation de sa police d'assurance collective d'indemnités journalières. Cette lettre avait la teneur suivante :

« Madame, Monsieur,
Par la présente, nous vous informons que nous avons procédé
à l'annulation de la police susmentionnée pour le
14.07.2006

suite au non paiement de la prime, ceci conformément à l'art. 21 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance.

En conséquence, tous les droits et obligations découlant de cette assurance ont cessé de déployer leurs effets dès la date de l'annulation.

(...). »

Il est apparu que la Poste Suisse n'a pas pu distribuer ce courrier recommandé qu'elle a présenté au domicile de sa destinataire le 31 octobre 2006. Celle-ci a ainsi été invitée à retirer le courrier jusqu'au 7 novembre 2006 à l'Office de poste de Lausanne/Saint-François. A l'échéance du délai de garde, l'envoi non réclamé a été retourné à P._____SA.

Le 14 décembre 2006, P._____SA a procédé à une nouvelle notification du courrier du 26 octobre 2006 sous pli simple, en rendant attentif le preneur d'assurance au fait que ce courrier gardait toute sa validité.

Le 21 décembre 2006, C._____S.N.C. a viré à l'Office des poursuites de Lausanne-Est un montant de 309 fr. 90 en relation avec la poursuite n° ...][...].

10. Le 13 novembre 2006, l'Office des poursuites de Lausanne-Est, donnant suite à une requête de rétention du bailleur, a procédé à un inventaire dans les locaux commerciaux loués par H._____ et occupés par C._____S.N.C..

Le même jour, H._____ a adressé au Tribunal d'arrondissement de Lausanne un courrier dont la teneur était la suivante :

« Monsieur le Président,

Suite à la requête de rétention no [...] de la part du propriétaire de l'immeuble situé à la rue de Bourg [...], Monsieur [...], Monsieur [...] de l'office des poursuites a effectué ce matin l'inventaire dans ma boutique.

Cette après-midi, je me trouve seule dans mon magasin. Suite à plusieurs changements de locataires, le magasin situé à l'entrée de la galerie côté rue de Bourg est actuellement un

chantier. C'est également le cas pour l'entrée du côté [...]. Mes voisins directs n'ouvrent plus leurs boutiques les lundis après-midi. Depuis 2001, la fréquentation de mon magasin a diminué continuellement. Les retards dans mes paiements se sont cumulés. En plus, le propriétaire insiste sur une augmentation de loyer depuis 2003 concernant notre bail qui arrivera à échéance seulement en septembre 2007. Je ne peux plus ! Je vous prie, Monsieur le Président, de prendre note de ce qui précède. Veuillez me faire savoir quelles sont les futures démarches que je dois entreprendre. [...] »

Le bailleur a poursuivi la procédure devant l'office des poursuites par une réquisition de poursuite en validation d'inventaire du 30 novembre 2006 et une réquisition de vente de biens du 1^{er} mai 2007, le tableau de distribution de biens du 31 juillet 2007 faisant état d'un produit de vente brut de 3'000 fr. et d'un découvert sur gage de 47'590 fr. 85.

Entre-temps, le bailleur a engagé une procédure d'expulsion ensuite du défaut de H._____ à l'état des lieux de sortie du 1^{er} décembre 2006.

Le 24 avril 2007, la Justice de paix de Lausanne a procédé à l'exécution forcée d'une ordonnance d'expulsion, étant précisé que les clés du commerce avaient été remises à cette autorité le 12 avril 2007.

11. H._____ s'est trouvée en incapacité de travail à 100% depuis le 23 novembre 2006. Des certificats médicaux successifs du Dr [...], médecin généraliste, attestaient de son incapacité de travail à compter de cette date jusqu'au 28 février 2009, à l'exception de la période du 7 janvier au 7 février 2008. Cependant, dès lors que le certificat du 7 février 2008 faisait état d'une « prolongation » et que, dans son rapport du 4 novembre 2013, le Dr [...] a relevé que feu H._____ avait été incapable de travailler, même partiellement, du 23 novembre 2006 au 28 février 2009, il est retenu une incapacité totale pour toute cette période.

Par courrier du 28 décembre 2006, H._____ a adressé à P._____SA un certificat d'incapacité de travail la concernant. Le 4 janvier 2007, elle lui a transmis un nouveau certificat d'incapacité de travail.

Le 9 janvier 2007, P._____SA a fait parvenir à C._____S.N.C., une déclaration de maladie en la priant de la compléter et de la lui renvoyer. Cette déclaration, dûment complétée et signée, a été retournée le 5 mars 2007 à P._____SA.

12. Dans un courrier du 9 mars 2007, se référant à un contrat d'assurance-accidents collective (police n° ...)[...] également conclu avec P._____SA, C._____S.N.C. a informé celle-ci de la fin de l'activité de la boutique et de sa fermeture le 13 novembre 2006 ainsi que du licenciement du personnel.

Par courrier du 20 mars 2007, P._____SA a annulé cette police avec effet au 1^{er} février 2007.

13. Par courrier du 26 avril 2007, P._____SA a informé C._____S.N.C. qu'elle refusait d'indemniser les incapacités de gain de H._____ au motif que la couverture de la police d'assurance collective perte de gain en cas de maladie conclue par C._____S.N.C. était suspendue depuis le 14 juillet 2006 en raison du retard dans le paiement des primes échues et qu'étant donné que le preneur d'assurance était toujours en retard avec ses paiements, elle avait préféré renoncer à la poursuite et annuler le contrat d'assurance, selon courrier du 26 octobre 2006, avec effet à la date d'interruption de couverture, soit le 14 juillet 2006.

Dans un courrier complémentaire du 7 mai 2007, P._____SA a encore précisé qu'elle avait effectivement renoncé à requérir la continuation de la poursuite et opté pour l'annulation du contrat. Elle a en outre fait valoir que, l'arriéré de primes ayant été réglé à l'Office des poursuites en date du 5 janvier 2007, le contrat aurait pu être remis en vigueur au plus tôt à cette

date. Le sinistre déclaré ayant débuté le 23 novembre 2006, il n'y avait donc pas lieu de verser des indemnités à ce titre.

14. Par demande déposée le 6 août 2007 devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud (ci-après : le Tribunal des assurances), H._____ a conclu à ce que P._____SA soit condamnée à lui payer la somme de 29'719 fr., plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} août 2007. Elle a par ailleurs réservé sa prétention pour les indemnités en perte de gain maladie pour la période courant dès le 7 août 2007.

Dans sa réponse du 26 octobre 2007, P._____SA a conclu au rejet des prétentions de la demanderesse, se prévalant d'une demeure du preneur d'assurance à l'origine d'une suspension de la couverture d'assurance au moment de la survenance du risque assuré, de l'absence de preuve d'une maladie et de la fin de la couverture d'assurance avant la survenance du risque assuré en raison de la cessation de l'activité professionnelle de la demanderesse à la date du 13 novembre 2006.

Par jugement rendu le 27 décembre 2007, le Tribunal des assurances a rejeté la demande.

15. Par décision du Tribunal de l'arrondissement de Lausanne du 22 mai 2008, C._____S.N.C. a été déclarée en faillite. La procédure de faillite, suspendue faute d'actif, a été clôturée le 17 juillet 2008.

16. Le 2 juillet 2008, le jugement rendu le 27 décembre 2007 a été annulé par la Chambre des recours du Tribunal cantonal, qui a renvoyé la cause au Tribunal des assurances pour nouvelle instruction dans le sens des considérants et nouveau jugement.

En substance, elle a considéré que le Tribunal des assurances avait violé la règle de procédure imposant « quatre débattues », soit un double échange d'écritures, et que la demanderesse aurait dû pouvoir s'exprimer sur les moyens de la réponse.

17. L'instruction a été en conséquence reprise auprès du Tribunal des assurances puis de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal dès le 1^{er} janvier 2009.

H._____ a déposé une réplique le 3 décembre 2008. Elle a modifié ses conclusions en ce sens que P._____SA soit reconnue sa débitrice et lui doive immédiat paiement de la somme de 95'995 fr. plus intérêts à 5% l'an dès la date moyenne du 1^{er} août 2007, ordre étant donné à P._____SA de lui délivrer une police d'assurance individuelle couvrant sa perte de gain maladie et succédant au contrat collectif n° [...].

Par mémoire de duplique du 27 janvier 2009, P._____SA a conclu à ce que la demanderesse soit déboutée de toutes ses conclusions.

18. H._____ étant décédée le 1^{er} mars 2009, la cause a été suspendue par ordonnance du Juge instructeur de la Cour des assurances sociales du 3 mars 2009.

La faillite de la succession répudiée de la prénommée a été clôturée le 14 mai 2010. Selon un avis du 18 mai 2010 de l'Office des faillites de l'Est vaudois, L._____ a été autorisé à suivre en lieu et place de la masse le procès déjà introduit, en son propre nom.

19. Le juge instructeur a ordonné la reprise de la cause le 20 mai 2010, L._____ étant désormais le demandeur.

Le 15 septembre 2010, L._____ a déposé des déterminations. Il a modifié les conclusions de la demande en ce sens que P._____SA lui doit paiement, avec suite de dépens, de la somme de 95'995 fr., plus intérêts à 5% l'an dès la date moyenne du 1^{er} août 2007.

Dans ses déterminations du 25 octobre 2010, P._____SA a conclu au rejet des conclusions du demandeur, avec suite de frais et dépens.

20. Une audience s'est tenue le 24 juin 2011 devant le juge instructeur en présence du demandeur personnellement, assisté de son conseil, la défenderesse étant représentée par [...], responsable de centre de prestations de Lausanne, et assistée de son conseil. Le demandeur a proposé que la Cour des assurances sociales rende un jugement partiel concernant la question de la couverture d'assurance, en l'occurrence à la date du début de l'incapacité de travail de feu H._____.

21. Par jugement du 15 décembre 2011, la Cour des assurances sociales a prononcé qu'à la date du début de l'incapacité de travail de feu H._____, le 23 novembre 2006, la couverture d'assurance résultant du contrat collectif n° [...] conclu entre P._____SA et la société en nom collectif C._____S.N.C., avait pris fin (I), que la Cour des assurances sociales poursuivra l'instruction de la cause après le jugement partiel (II) et qu'il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens (III).

Par arrêt rendu le 24 février 2012, la Cour de céans a déclaré irrecevable l'appel interjeté par L._____ contre ce jugement, au motif qu'il ne constituait pas une décision attaquable au sens de l'art. 308 al. 1 let. a CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272).

22. Par courrier du 9 mai 2012, le Juge instructeur de la Cour des assurances sociales a fixé aux parties un délai pour déposer une éventuelle requête complémentaire dans le cadre de l'instruction.

Le 29 mai 2012, L._____ a requis, l'audition de deux témoins relativement à la notification du courrier recommandé du 29 juin 2006 de P._____SA et la production de toute pièce en mains de cette dernière et de la Poste Suisse prouvant l'existence d'une fiche remise aux destinataires les invitant à retirer ce pli recommandé. Pour le surplus, il a maintenu ses conclusions telles que formulées lors des déterminations du 15 septembre 2010.

Le même jour, P._____SA a exposé qu'elle n'avait pas de requête à formuler dans le cadre de l'instruction, confirmant par ailleurs ses conclusions.

23. Par jugement du 13 août 2012, la Cour de céans a rejeté la demande de L._____ (I), statué sans frais (II), et mis à sa charge une indemnité de 4'000 fr. à titre de dépens (III).

24. Par acte du 10 septembre 2012, L._____ a interjeté appel contre ce jugement auprès de la Cour de céans, concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que P._____SA est condamnée à lui payer le montant de 95'995 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} août 2007, subsidiairement à ce que la cause soit renvoyée à l'instance inférieure pour complément d'instruction.

Dans ses déterminations du 13 décembre 2012, P._____SA a conclu, en substance, au rejet de l'appel avec suite de frais et dépens.

25. Par arrêt du 20 décembre 2012, la Cour de céans a admis l'appel (I), annulé le jugement du 13 août 2012 et renvoyé la cause à la Cour des assurances sociales pour statuer à nouveau dans le sens des considérants (II), l'arrêt étant rendu sans frais (III) et l'intimée P._____SA devant verser à l'appelant L._____ la somme de 2'500 fr. à titre de dépens de deuxième instance (IV).

En substance, la Cour de céans a admis l'appel au motif que le contrat d'assurance n'était pas caduc au moment de la survenance du sinistre le 23 novembre 2006. Plus particulièrement, elle a retenu comme établi que la sommation du 29 juin 2006 n'avait pas été reçue par le preneur d'assurance. Elle a considéré que la sommation du 28 juillet 2006 ne satisfaisait pas aux exigences légales et jurisprudentielles dans la mesure où P._____SA avait omis d'explicitier la conséquence de la résiliation, en se limitant à se référer aux art. 20 et 21 LCA sans les citer, cela seulement en ce qui concernait le recouvrement de la prime. Par surabondance de droit, l'autorité d'appel a constaté que même dans

l'hypothèse où la sommation du 28 juillet 2006 avait satisfait aux exigences légales et avait ainsi valablement déclenché le délai de deux mois de l'art. 21 al. 1 LCA, celui-ci aurait été en l'occurrence échu le 12 octobre 2006, de telle sorte qu'en notifiant un commandement de payer avant cette échéance, P. _____ SA avait clairement exprimé son intention de maintenir le contrat d'assurance nonobstant le retard dans le paiement, le principe de la bonne foi lui imposant pour le surplus d'aviser explicitement dans le délai précité le preneur d'assurance d'un changement d'option.

26. L'instruction de la cause ayant été reprise par la Cour des assurances sociales, une audience de conciliation et d'instruction s'est tenue le 28 août 2013 devant le juge instructeur en présence du demandeur personnellement, assisté de son conseil, la défenderesse étant représentée par [...], inspecteur des sinistres, et assistée de son conseil. Lors de cette audience, L. _____ a fait la déclaration suivante :

« A la date du 13 novembre 2006, l'office des poursuites a procédé à l'inventaire des meubles et valeurs dans la boutique, inventaire dressé par mes soins. Il y a eu séquestre. Il n'était plus possible d'exploiter la boutique. Notamment, j'ai annoncé son licenciement à la vendeuse et le lendemain, elle est venue avec un certificat médical. J'ai gardé les clés quelques temps, probablement jusqu'en 2007, avant de les remettre à la gérance. L'activité poursuivie était uniquement administrative. Il n'y a pas eu de bouclage comptable pour 2006 effectué par la fiduciaire [...] à [...]. Les pièces comptables de cet exercice sont encore en ma possession. Concrètement, les activités administratives ont consisté en le règlement de la fin des rapports de travail avec mon employée, le contentieux en relation avec la maladie de ma femme. Mon épouse étant déjà malade à la date du 13 novembre 2006, elle ne s'est pas occupée du suivi administratif, elle était déjà gravement malade depuis mars 2006. C'est parce que sa présence était indispensable pour tenir la boutique qu'elle a continué à travailler malgré la maladie, le but étant de poursuivre l'exploitation jusqu'au terme du bail échéant en septembre 2007 ».

27. Par avis du 9 septembre 2013, L. _____ a été requis de produire les bilans et comptes de résultat de la société en nom collectif pour les exercices 2005 à 2008, à défaut le grand livre, ainsi que les

déclarations fiscales de H._____ pour les années 2006 à 2009 avec les décisions de taxation correspondantes et enfin tout document attestant d'une éventuelle inscription de H._____ auprès d'un office régional de placement dès novembre 2006.

Le demandeur n'a donné que partiellement suite à cette réquisition, attestant sur le dernier point d'une absence d'inscription et produisant en date du 14 avril 2014 les décisions de taxation 2003, 2004 et 2006 dont il résultait pour 2006 l'existence d'une taxation d'office avec évaluation à 16'500 fr. du revenu tiré de l'activité indépendante.

De l'extrait de compte individuel de H._____ produit par l'agence AVS le 3 octobre 2013, il ressortait une affiliation en qualité d'indépendante, un revenu cotisant de 16'500 fr. en 2006 et aucun revenu en 2007 et 2008.

Des pièces requises auprès du médecin traitant de H._____, il ressortait plus particulièrement qu'elle avait été hospitalisée pour abus, respectivement tentamen médicamenteux du 22 au 23 mars 2004 ainsi que du 27 au 28 juillet 2006 et que, selon le courrier du 4 novembre 2013 du Dr [...], qui l'a suivie du 24 mars 2004 au 26 février 2009, le diagnostic principal était celui d'état anxio-dépressif chronique avec phases d'exacerbation. La copie de la feuille maladie, non datée, signée par ce praticien à l'attention de P._____ SA, attestait des consultations depuis le 24 mars 2004, sans constat d'une incapacité de travail, celle-ci n'existant que depuis le 23 novembre 2006, et ce à 100%.

28. Par mémoires des 16 janvier, 30 janvier, 11 avril, 15 mai, 10 juin et 26 juin 2014, les parties se sont déterminées sur les pièces produites, le demandeur augmentant ses conclusions à 96'000 fr. dans son écriture du 11 avril 2014.

En particulier, dans ses déterminations du 15 mai 2014, la défenderesse s'est encore prévalu de la nullité du contrat du 17 novembre 2005 au motif que H._____ souffrait déjà d'un état dépressif

chronique antérieurement à ce contrat. Par son écriture du 10 juin 2014, le demandeur a contesté la qualification de nouveau contrat s'agissant de l'acte du 17 novembre 2005.

Les parties ont maintenu leurs positions pour le surplus.

29. Une audience s'est tenue le 9 décembre 2014 devant le juge instructeur en présence du demandeur personnellement, assisté de son conseil, la défenderesse étant représentée par [...], inspecteur des sinistres, et assistée de son conseil. Le demandeur a conclu sous suite de dépens au versement par P. _____ SA d'un montant de 96'000 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} août 2007, la défenderesse ayant confirmé ses conclusions, tendant à ce que le demandeur soit débouté des fins de sa demande et qu'il soit condamné aux frais et dépens.

En droit :

1. a) Le jugement entrepris a été communiqué le 19 février 2015, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC). Le CPC s'applique aux litiges en matière d'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale, que ceux-ci soient soumis à la juridiction civile ou qu'ils restent de la compétence d'un tribunal des assurances (art. 7 CPC ; Ruetschi, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2013, n. 15 ad art. 7 CPC).

b) Dans un arrêt rendu le 7 juin 2011 (publié in JT 2011 III 143 ; cf. aussi CACI 21 mars 2013/163 c. 1b), la Cour de céans a admis la recevabilité d'un appel à la Cour d'appel civile contre les jugements en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie, rendus par la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, dans les cas où la procédure avait été introduite avant le 1^{er} janvier 2011 et le jugement rendu après cette date. Elle a ainsi fait prévaloir le principe constitutionnel de la double instance (art. 129 Cst-VD [Constitution du 14 avril 2003 du

Canton de Vaud, RSV 101.01]) sur celui de la prohibition du recours horizontal entre juridictions du même rang. Ce recours horizontal est purement transitoire : il concerne les jugements communiqués après le 1^{er} janvier 2011 dans des procédures ouvertes avant cette date. Depuis le 1^{er} janvier 2011, les litiges en la matière sont soumis à la juridiction civile ordinaire *ratione valoris* (juge de paix, président de tribunal d'arrondissement, tribunal d'arrondissement ou Chambre patrimoniale cantonale) et pourront faire l'objet d'un appel qui sera adressé, selon la valeur litigieuse, à la Chambre des recours civile ou à la Cour d'appel civile (cf. note de Jean-Luc Colombini, in JT 2011 III 145 s.).

c) L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Le délai pour l'introduction de l'appel est de trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

Formé en temps utile et portant sur des conclusions qui sont supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou 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 (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC).

Le motif de la constatation inexacte des faits mentionnée à l'art. 310 let. b CPC habilite l'instance supérieure à revoir les faits sans restriction, ce qui découle de la nature ordinaire de la voie devant l'instance supérieure. En d'autres termes, l'instance d'appel – sous réserve de ce que lui impose la maxime des débats lorsqu'elle s'applique – n'est nullement liée par l'appréciation des faits à laquelle s'est livré le juge de première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC).

3. a) L'appelant soutient que la survenance du risque, à savoir la maladie psychique de feu H. _____ aurait débuté en mars 2004, voire en mars 2006, de sorte que ce serait à tort que les premiers juges ont retenu que la couverture d'assurance n'existait plus lorsque le sinistre est survenu le 23 novembre 2006.

Il allègue également, dès lors que la police d'assurance serait une assurance de somme, qu'il importe peu que feu H. _____ n'ait plus été en mesure de réaliser le gain assuré le 23 novembre 2006 dans la mesure où la perte de gain effective n'était pas une condition du versement des indemnités journalières, la seule condition étant une incapacité de gain médicalement attestée.

L'appelant soutient enfin que, même dans l'hypothèse où feu H. _____ avait cessé son activité le 13 novembre 2006, elle serait malgré tout couverte au motif que sans sa maladie, elle aurait été en mesure de s'occuper des tâches administratives consécutives à la fermeture de son commerce, lesquelles se sont poursuivies jusqu'au 17 juillet 2008, date à laquelle la clôture de la faillite de la société en nom collectif a été prononcée. De plus, dans la mesure où feu H. _____ exploitait en tant qu'indépendante sa boutique depuis 1992, il était fortement vraisemblable que, sans l'atteinte à sa santé, elle aurait continué son exploitation, voire éventuellement débuté une activité salariée.

b/aa) S'agissant de la nature juridique des prestations d'assurance contre la perte de gain, l'assurance de somme garantit des prestations contractuellement définies au moment de la conclusion du contrat d'assurance, qui ne dépendent pas d'un dommage effectif ; elles sont dues dès l'instant où l'évènement assuré s'est réalisé. Les prestations de l'assurance dommage, en revanche, tendent à compenser un dommage effectif; l'ampleur de la prestation dépend par conséquent de l'étendue du préjudice subi par l'assuré (Brulhart, Droit des assurances privées, 2008, p. 366).

La détermination de la nature juridique des prestations dues fait appel aux règles d'interprétation ordinaires des contrats, en se référant d'abord à la commune et réelle intention des parties puis, si celle-ci ne peut être établie ou si les volontés divergent, au principe de la confiance. En formulant les conditions du contrat en ce sens que la prestation assurée garantit une «incapacité de gain », l'assureur exprime normalement que le risque couvert se rapporte à la perte de gain subie consécutivement à un accident, une maladie ou une infirmité (Brulhart, op. cit., p. 367 et la note infrapaginale 1009 qui renvoie à l'ATF 117 II 609). Il s'agit donc d'assurance de dommage. Il en va autrement, notamment, lorsque le contrat prévoit l'allocation d'une indemnité journalière forfaitaire qui ne suppose pas que l'assuré subisse une perte effective sur le plan économique, même si le montant journalier forfaitaire se définit en fonction du degré de l'incapacité de travail de l'assuré ; pour le reste, le dommage effectif est sans incidence sur l'allocation de la prestation. Ce n'est que si les parties ont fait de la perte patrimoniale une condition autonome du droit aux prestations que l'on sera en présence d'une assurance contre les dommages (Brulhart, op. cit., p. 367 et la note infrapaginale 1010 qui renvoie à l'arrêt TF 4C.83/998 du 11 juin 1998).

La LCA ne contient pas de dispositions spécifiques sur les indemnités journalières en cas de maladie, de sorte que cette question relève des clauses contractuelles (ATF 133 III 185 c. 2 ; TF arrêt 4A_92/2010 du 17 mai 2010 c. 4). Il y a lieu de procéder à l'interprétation de la clause contractuelle en se référant d'abord à la commune et réelle intention des parties puis, si celle-ci ne peut être établie ou si les volontés divergent, au principe de la confiance (parmi d'autres : ATF 131 III 606 c. 4.1).

bb) Quant à la notion de « cessation d'activité professionnelle », la jurisprudence a considéré que si l'assurance d'indemnité journalière n'est valable qu'aussi longtemps que l'assuré exerce une activité lucrative, l'assureur ne doit pas cette indemnité si l'assuré eût été privé de gain même en l'absence de maladie (Recueil du

Bureau fédéral des assurances [RBA] VII n° 34/54, cité par Carré, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, édition annotée, 2000, p. 33).

cc) S'agissant de l'appréciation des preuves dans un litige portant sur des assurances complémentaires à la LAMal, on peut se référer à la jurisprudence rendue par les cours de droit social du Tribunal fédéral (CACI 29 janvier 2015/55 c. 4b).

Selon le Tribunal fédéral, le juge des assurances sociales 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. Le degré de preuve requis ne doit pas être absolu. Le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante (ATF 126 V 353 c. 5b ; ATF 125 V 193 c. 2 et les références citées; TF 8C_657/2009 du 15 novembre 2010 c. 4.1 ; TF 8C_24/2010 du 27 décembre 2010 c. 2 ; TF 8C_1034/2010 du 22 décembre 2010 c. 4.2 ; TF 8C_704/2007 du 9 avril 2008 c. 2).

c) En l'espèce, la question déterminante est celle de savoir si, à la date où le risque assuré s'est réalisé, soit le 23 novembre 2006, feu H._____ bénéficiait toujours de la couverture d'assurance ou si l'assurance avait pris fin en vertu de l'art. G3 CGA, en particulier au motif que l'intéressé avait cessé son activité professionnelle.

Il ressort du contrat et des CGA applicables qu'il est prévu un droit aux indemnités journalières de 100% calculées sur la base d'un salaire fixe annuel convenu de 48'000 fr., sans réserve, après un délai d'attente de trente jours. L'indemnité journalière est due en cas d'incapacité de travail consécutive à une maladie attestée médicalement d'au moins 50%, son montant étant proportionnel au degré de l'incapacité de travail, l'indemnité étant cependant entière dès 66.66% d'incapacité de

travail. L'assuré a droit à 730 indemnités journalières au maximum dans une période de 930 jours.

Dès lors que la commune et réelle intention des parties ne peut être établie en l'espèce, il y a lieu de recourir au principe de la confiance et d'admettre que le contrat conclu porte sur une assurance de somme, la perte de gain effective n'étant pas une condition au versement des indemnités journalières. Par conséquent, il importe peu que feu H._____ n'ait plus été en mesure de réaliser le gain assuré le 23 novembre 2006.

Cet élément n'est toutefois pas déterminant pour trancher la question de la « cessation de l'activité professionnelle » de feu H._____ aux termes de l'art. G3 CGA, dès lors que, comme le relève l'intimée, cette notion a trait à un motif de fin de couverture d'assurance et ne concerne pas la question de la survenance du risque et du dommage, ni celle de savoir si la perte de gain effective est une condition au versement des indemnités journalières.

Dès lors que, selon la jurisprudence citée plus haut, il a été admis que l'assureur ne devait pas l'indemnité journalière si l'assuré avait de toute manière été privé de gain même en l'absence de maladie, il y a lieu d'admettre que la clause de fin de couverture contenue à l'art. G3 CGA vise une cessation définitive de l'activité professionnelle, notamment dans l'hypothèse d'un départ en retraite ou en pré-retraite, indépendamment de l'existence éventuelle d'une maladie obligeant l'assuré à cesser temporairement ou définitivement son activité professionnelle.

Cela découle également du contexte dans lequel le motif de fin de couverture en question a été inséré, dès lors qu'il est immédiatement suivi du motif concernant les personnes assurées nominativement, pour lesquelles la couverture prend fin au plus tard lorsqu'elles atteignent l'âge de 70 ans.

Il s'ensuit que la question décisive est celle de savoir si l'activité professionnelle de feu H. _____ a cessé définitivement le 13 novembre 2006 ou, sinon, à quelle date elle aurait cessé, indépendamment des problèmes de santé de l'intéressée.

A cet égard, le 13 novembre 2006, H. _____ a écrit au Tribunal d'arrondissement à la suite de la requête de rétention formulée par le bailleur et de la prise d'inventaire effectuée le même jour dans sa boutique par l'Office des poursuites, exprimant sa lassitude et expliquant notamment que, depuis 2001, la fréquentation de son magasin avait continuellement diminué et que les retards dans les paiements s'étaient cumulés. Le recourant en a attesté dans son courrier du 9 mars 2007 à l'attention de l'intimée en confirmant la fin de l'activité de la boutique et sa fermeture à compter du 13 novembre 2006, celle-ci étant due principalement à l'évolution constatée à la rue de Bourg, à Lausanne, ainsi qu'à un loyer exorbitant. Un état des lieux de sortie avait été initialement fixé pour le 1^{er} décembre 2006. Il s'en est suivi une procédure d'expulsion dont les aléas expliquent la possession des clés de la boutique jusqu'à leur restitution le 12 avril 2007.

L'activité postérieure à cette date a été uniquement administrative et a consisté concrètement dans le règlement de la fin des rapports de travail avec l'employée et le contentieux en relation avec la maladie de feu H. _____, ainsi que cela résulte des déclarations du recourant à l'audience du 28 août 2013. L'activité qui a subsisté au-delà du 13 novembre 2006 s'apparentait ainsi à des opérations de liquidation de la société en nom collectif, comme l'ont retenu les premiers juges. Elle n'est pas de nature à différer la date de fin d'activité.

Il n'est ainsi pas rendu vraisemblable que, sans la maladie de l'intéressée, l'activité aurait perduré jusqu'à la fin du bail, puisque la situation financière désespérée de la boutique, liée à des circonstances économiques, avait obligé l'intéressée à cesser définitivement son activité le 13 novembre 2006. On doit en conséquence retenir que la cessation de

toute activité professionnelle au 13 novembre 2006 est acquise au stade de la vraisemblance prépondérante.

Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner plus avant les autres moyens soulevés par l'intimée dans sa réponse s'agissant d'une prétendue nullité du contrat et de l'exception d'inexécution soulevée.

4. En définitive, l'appel doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé.

L'arrêt peut être rendu sans frais judiciaires de deuxième instance (art. 114 let. e CPC).

L'appelante versera à l'intimée la somme de 3'000 fr. (art. 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010, RSV 270.11.6]) à titre de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** L'arrêt est rendu sans frais judiciaires de deuxième instance.
- IV.** L'appelant L._____ doit verser à l'intimée P._____SA la somme de 3'000 fr. (trois mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 22 juin 2015

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Jean-Michel Duc (pour L. _____)
- Me Christian Grosjean (pour P. _____ SA)

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), 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).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à la :

- Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal

Le greffier :