

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 9 janvier 2014

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : M. Battistolo et Mme Favrod
Greffière : Mme Vuagniaux

Art. 3 aLCA ; 11 al. 1 LCA ; 18 al. 1 CO ; 55 LPA-VD ; 7 TFJAS

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **B.**_____,
demanderesse, contre le jugement rendu le 24 mai 2013 par la Cour des
assurances sociales du Tribunal cantonal dans la cause divisant
l'appelante d'avec **O.**_____**SA**, au Mont-sur-Lausanne, défenderesse, la
Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par jugement du 24 mai 2013, la Cour des assurances sociales a dit que la demande de B._____ est partiellement admise en ce sens qu'O._____SA est condamnée à lui payer les montants de 2'325 fr. 90 avec intérêts à 5 % dès le 14 février 2010, 10'929 fr. 60 avec intérêts à 5 % dès le 15 avril 2010 et 31'714 fr. 47 avec intérêts à 5 % dès le 16 novembre 2010 (I), dit que la demande est rejetée pour le surplus (II), dit qu'une indemnité de 1'800 fr., à verser à B._____ à titre de dépens, est mise à la charge d'O._____SA (III) et dit qu'il n'est pas perçu de frais de justice (IV).

En droit, les premiers juges ont retenu que le contrat d'assurance collective conclu le 19 septembre 1998 entre H._____ et P.____Caisse-maladie (ultérieurement P._____SA) permettait aux membres du personnel du Q._____ de s'affilier à une assurance d'indemnité journalière en cas de perte de gain x.____, selon la variante choisie par chaque collaborateur, et que la couverture d'assurance de la demanderesse était partie intégrante de ce contrat. Cela étant, dans la mesure où chaque membre du personnel devait signer une proposition d'assurance individuelle, l'assurance ne pouvait se prévaloir des nouvelles conditions générales remises à H._____ en juillet 2005 et non à l'assurée directement. La Cour a considéré que, lorsque la demanderesse avait rempli et signé la proposition d'assurance d'admission le 7 décembre 2001, elle ne pouvait ignorer que le contrat était assorti de conditions générales et spéciales et que celui-ci disposait expressément qu'elle avait reçu un exemplaire des conditions générales et spéciales d'assurance. Le fait que la police d'assurance individuelle n'avait pas été remise à l'assurée ne constituait pas une exigence formelle nécessaire à la perfection du contrat, de sorte que la demanderesse ne pouvait en tirer aucune conclusion en sa faveur. Ainsi, dans la mesure où il n'était pas prouvé que la demanderesse avait reçu les nouvelles conditions générales de juillet 2005, il y avait lieu de retenir que celle-ci était liée par les conditions générales de janvier 2001 et les conditions spéciales de 1999.

Les premiers juges ont exposé que la demanderesse ne pouvait pas non plus prétendre qu'elle ignorait que les conditions générales prévoyaient une indemnisation après déduction des prestations des assureurs sociaux jusqu'à concurrence de la perte de gain effective. Le question de savoir si l'assurance avait obtenu ou pas la compensation des prestations versées en trop concernant l'incapacité maladie intervenue en 2002-2003 n'était pas déterminante et la demanderesse ne pouvait pas se prévaloir d'une renonciation - par ailleurs non établie - de l'assurance à cet égard.

S'agissant du délai d'attente, dès lors que les conditions générales de janvier 2001 ne contenaient pas la mention d'une quelconque imputation du délai d'attente sur la durée du droit aux prestations (contrairement à l'art. 14 let. a des nouvelles conditions générales de juillet 2005 qui le prévoyait désormais), la demanderesse avait droit à 720 indemnités journalières après l'échéance du délai d'attente de 360 jours, ce qui conduisait à retenir qu'elle avait droit aux prestations de l'assurance complémentaire jusqu'au 5 mai 2011, son incapacité de travail ayant débuté le 20 mai 2008. Ainsi, comme cela avait été convenu entre les parties lors de l'audience du 10 juillet 2012, il y avait lieu de prendre en compte le revenu sans invalidité de 122'445 fr. fixé par l'assurance-invalidité, ce qui correspondait à une indemnité journalière de 335 fr. 47 pour une incapacité de travail à 100 % du 20 mai 2008 au 31 mars 2009, de 268 fr. 37 pour une incapacité à 80 % du 1^{er} avril au 31 mai 2009 et de 201 fr. 28 pour une incapacité à 60 % du 1^{er} juin 2009 au 5 mai 2011. Pour la période du 1^{er} février 2010 (début de la période litigieuse) au 31 mai 2010, dès lors que le cumul de la pension d'invalidité du deuxième pilier par 75 fr. 31 et celle de la perte de gain par 118 fr. 80 (soit 60 % de l'indemnité journalière assurée de 198 fr.) était inférieur à la perte de gain effective de 201 fr. 28, la défenderesse devait verser 120 pleines indemnités journalières, hormis un montant de 1'000 fr. 50 déjà acquitté en février 2010. Pour la période du 1^{er} juin 2010 au 5 mai 2011, dès lors que la rente journalière de l'assurance-invalidité par 32 fr. 42 et la pension d'invalidité du deuxième pilier par 75 fr. 31 totalisaient

107 fr. 73, l'assurance devait verser 339 indemnités journalières de 93 fr. 55 (201 fr. 28 – 107 fr. 73) afin de couvrir la perte de gain effective.

Enfin, les premiers juges ont considéré que les 54,85 heures de travail annoncées par le conseil de la demanderesse étaient disproportionnées, de sorte qu'il convenait de s'en tenir au maximum de 5'000 fr. prévu par le tarif du 2 décembre 2008 des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales (TFJAS ; RSV 173.36.5.2) et de fixer des dépens réduits à 1'800 fr. à verser par l'assurance à la demanderesse, cette dernière n'ayant obtenu gain de cause que sur le tiers de ses prétentions environ.

B. Par acte du 4 juillet 2013, B._____ a fait appel de ce jugement en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'O._____SA est condamnée à lui payer la somme de 132'632 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 16 novembre 2010 (I), qu'une indemnité, fixée à dire de justice, lui est versée à titre de dépens de première instance et mise à la charge d'O._____SA (II) et qu'il n'est pas perçu de frais de justice (III).

Par lettre du 7 octobre 2013, O._____SA a indiqué qu'elle ne souhaitait pas déposer de réponse.

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

1. P._____SA était une société anonyme inscrite au Registre du commerce depuis le 21 mai 2001, qui avait repris l'ensemble du portefeuille selon la LCA (loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance ; RS 221.229.1) de P.____Caisse-maladie.

Le 14 novembre 2012, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a prononcé la faillite de P._____SA et ordonné le transfert de l'ensemble de son portefeuille d'assurances selon la LCA à O._____SA.

Le 21 janvier 2013, O. _____ SA a déclaré qu'elle acceptait de se substituer à P. _____ SA dans la présente procédure.

2. Le 19 septembre 1998, H. _____ et P. _____ Caisse-maladie ont conclu un contrat d'assurance collective avec effet au 1^{er} janvier 1999. Le cercle des bénéficiaires comprenait notamment le personnel du Q. _____. Le contrat comportait trois sections intitulées « Domaine LAMal », « Domaine LCA » et « Domaine LAMal/LCA ».

Les conditions d'affiliation et risques assurés du « Domaine LCA » étaient régies par la LCA, ainsi que par les conditions générales (CGA) et spéciales des assurances complémentaires annexées tant qu'il n'y était pas dérogé.

P. _____ SA proposait une « assurance complémentaire pour incapacité de travail x. ____ » comme suit :

« Conditions d'affiliation

Limite d'âge : 65 ans.

Enregistrement : Sur la base d'une demande d'admission complétée et signée par le candidat.

(...)

Prestations assurées

Indemnités journalières en franc fixe

Payables dès le : 31^{ème}, 61^{ème}, 91^{ème}, 121^{ème}, 151^{ème}, 181^{ème} ou 361^{ème} jours d'incapacité de travail.

Durée des prestations : 720 jours

Salaire mensuel assurable : Fr. 6'000.- (annuel = x 13) »

Chaque collaborateur s'acquittait de ses primes individuellement et recevait la facturation de la franchise et de la quote-part.

3. Les art. 3 let. a et b et 20 al. 2 des « Conditions générales (CGA) des assurances complémentaires de l'assurance maladie et accidents », édition 1999 (ci-après : CGA 1999), disposaient ce qui suit :

« Art. 3 : Définitions

a) preneur d'assurance : la personne qui conclut le contrat et qui assume notamment le paiement des primes.

b) assuré : la personne qui bénéficie de la couverture d'assurance, en qualité de preneur d'assurance ou non (...)

Art. 20 : Prestations d'autres assureurs ou de tiers

2. Lorsque des prestations sont dues en vertu de l'assurance obligatoire des soins (LAMal), de l'assurance accident (LAA), de l'assurance militaire (LAM), de l'assurance invalidité fédérale (LAI), de l'assurance vieillesse et survivants (LAVS), ou de la prévoyance professionnelle (LPP), la caisse n'intervient qu'à titre complémentaire (...)

Les art. 6 al. 1 et 11 des « Conditions spéciales de l'assurance complémentaire x.____ pour incapacité de travail », édition 1999 (ci-après : CSA x.____ 1999), disposaient ce qui suit :

« Art. 6 al. 1 : Durée des prestations

Les prestations assurées sont versées, pour une ou plusieurs maladies, pendant 720 jours au maximum (...).

Art. 11 : Surindemnisation

Si l'assuré a également droit à des prestations d'un assureur social cité à l'art. 20 al. 2 CGA, la caisse complète ces prestations jusqu'à concurrence de la perte de gain effective. La caisse paie au maximum l'indemnité journalière convenue. »

L'art. 3 let. a et b des « Conditions générales (CGA) des assurances complémentaires de l'assurance maladie et accidents », édition janvier 2001 (ci-après : CGA 01.2001), avait la même teneur que l'art. 3 let. a et b CGA 1999. L'art. 20 al. 2 CGA 01.2001 disposait ce qui suit :

« Art. 20 : Prestations d'autres assureurs ou de tiers

2. Lorsque des prestations sont dues en vertu de l'assurance obligatoire des soins (LAMal), de l'assurance accident (LAA), de l'assurance militaire (LAM), de l'assurance invalidité fédérale (LAI), de l'assurance vieillesse et survivants (LAVS), ou de la prévoyance

professionnelle (LPP), P._____SA n'intervient qu'à titre complémentaire. »

4. Le 11 novembre 2002, H._____ a signé une « proposition d'assurance perte de gain en francs fixes » auprès de P._____SA, avec entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2003. « Le personnel » était désigné en tant que bénéficiaire. La proposition d'assurance était établie sur la base des « conditions générales (CGA) et spéciales (CSA) » qui avaient été remises au proposant. La facturation des primes et le remboursement des indemnités journalières étaient adressés directement à l'assuré.

Les 18 variantes proposées par P._____SA prévoyaient toutes une durée de prestations de 720 jours et des délais d'attente allant de 30 à 360 jours. L'affiliation avait lieu sur « proposition d'assurance individuelle » et sur questionnaire médical. La limite d'âge était de 65 ans.

5. Les art. 13 let. g et 14 let. a des « Conditions générales de l'assurance maladie complémentaire selon la LCA, Catégorie x.____, Assurance complémentaire pour l'indemnité journalière », édition juillet 2005, étaient les suivants :

« Art. 13 : Annonce et obligations en cas de sinistre

g) Si l'assuré a également droit à des prestations d'assurances sociales, fédérales, d'entreprises ou d'un tiers responsable, P._____SA complète ces prestations jusqu'à concurrence du montant de l'indemnité journalière assurée. Ces dispositions sont aussi applicables à des institutions d'assurance correspondantes ayant leur siège à l'étranger.

Art. 14 : Durée des prestations

a) (...) Pour les personnes physiques qui ont souscrit une couverture complémentaire x.____ à titre individuel, la durée du délai d'attente est imputée sur la durée maximale du droit aux prestations. »

Par lettre du 1^{er} juillet 2005, P._____SA a communiqué à H._____ les CGA x.____ 07.2005, ainsi qu'une « nouvelle police d'assurance collective sous la forme d'un avenant ». L'assurance expliquait que les conditions générales avaient été adaptées à la suite de l'introduction de l'allocation fédérale de maternité dans la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de

service et de maternité (LAPG ; RS 834.1) et que cette modification entraînerait une diminution de prime pour certaines personnes, lesquelles recevraient un nouvelle police d'assurance individuelle.

6. B._____, née le [...] 1948, est entrée au service du Q._____ le 1^{er} novembre 2000.

Le 28 novembre 2001, P._____ SA a établi une « Feuille de calcul pour les collaborateurs du Q._____ » concernant B._____ comme il suit :

Calcul du traitement cotisant :		(Salaire mensuel x 13) - 12'360.00 (rabattement de coordination LPP)	
			12
Salaire annuel	SFr.	106'886.00	(Salaire annuel : 12 x 13)
Rabattement de coordination LPP	SFr.	12'360.00	(12'360. x taux d'activité)
Traitement cotisant mensuel	SFr.	7'878.00	(Selon formule encadrée)
Taux de prestations LPP		17.50%	(Selon table G.)
Salaire mensuel	SFr.	8'908.00	(brut) (net->) SFr. 7'571.09
Prest. de base + suppl.temp. LPP	SFr.	1'807.00	(Salaire mensuel x taux prestations LPP)
Indemnité journalière à couvrir	SFr.	198.00	(réserve Fr. 5.00)

Le 7 décembre 2001, B._____ a rempli et signé un document intitulé « proposition d'assurance » concernant son admission à l'assurance complémentaire d'indemnités journalières pour perte de gain x.____ auprès de P._____ SA. La proposition prévoyait le versement d'une indemnité journalière de 198 fr. en cas d'incapacité de travail dès le 61^{ème} jour d'incapacité. Plusieurs rubriques de la proposition d'assurance n'avaient pas été complétées, notamment la question de savoir si la couverture en cas d'accidents était incluse ou non, quelle était la date d'entrée en vigueur souhaitée et quelle était la date d'édition des CGA applicables. B._____ a également signé et répondu à un questionnaire relatif à sa santé, au bas duquel il était mentionné le paragraphe suivant :

« 4. Déclaration du/des soussigné(s)

Je certifie par ma signature avoir répondu de façon exacte et exhaustive au présent questionnaire et prends note que l'assureur est en droit de se départir du contrat s'il s'avère qu'un fait important

a été omis ou inexactement déclaré. Je délie les fournisseurs de soins ainsi que les hôpitaux ou autres assureurs du secret professionnel et autorise l'assureur à traiter les données nécessaires conformément à la loi fédérale sur la protection des données. En outre, je reconnais être lié(e) pendant les 14 jours (respectivement 4 semaines si un examen médical est nécessaire) qui suivent la remise de ma proposition d'assurance. Enfin, je confirme avoir reçu un exemplaire des Conditions générales/spéciales d'assurance lesquelles font partie intégrante du contrat d'assurance. »

7. B._____ a présenté une incapacité de travail à partir du 1^{er} janvier 2002. P._____SA lui a alloué une indemnité journalière de 198 fr. à partir du 61^{ème} jour d'incapacité de travail.

B._____ a également été indemnisée par V._____ (deuxième pilier) qui lui a versé une pension mensuelle d'invalidité temporaire de 4'803 fr. 50 du 3 janvier 2002 au 31 janvier 2003, soit une pension de base de 3'255 fr. 25, un supplément temporaire de 897 fr. 20 et une pension de base pour son fils de 651 fr. 05, puis de 4'825 fr. 30 jusqu'au 31 mars 2003 au moins, soit une pension de base de 3'255 fr. 25, un supplément temporaire de 919 fr. et une pension de base pour son fils de 651 fr. 05.

Le 20 avril 2003, B._____ a écrit à P._____SA pour l'informer qu'elle avait demandé au service du personnel du Q._____ de lui établir « un justificatif concernant le salaire que j'aurais touché si j'avais continué mon activité lucrative à 100 % » et qu'elle le lui enverrait dès réception.

Dans une lettre du 19 septembre 2003, avec copie à l'assurée, P._____SA a informé l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Vaud (ci-après : l'OAI) que B._____ était au bénéfice d'indemnités journalières. Elle a demandé à l'office de lui communiquer la décision de prestations à intervenir afin de pouvoir calculer la somme complémentaire à verser à l'assurée jusqu'à concurrence de la perte de gain effective, respectivement afin de déterminer une éventuelle surindemnisation. L'OAI a accordé une rente invalidité à B._____ à partir du 1^{er} novembre 2002.

Le 7 juin 2004, P._____SA a informé l'assurée qu'en raison du versement des prestations de l'OAI et de V._____, elle avait été surindemnisée à hauteur de 7'018 fr. 20 pour la période du 1^{er} novembre 2002 au 30 juin 2003. L'assurance expliquait que, durant cette période, l'assurée avait reçu 35'227 fr. 60 de sa part, 31'250 fr. 40 de la part de V._____ et qu'elle devait recevoir 16'858 fr. de la part de l'OAI à titre rétroactif, ce qui faisait un montant total de 83'336 francs. Dès lors que le salaire de l'assurée aurait été de 76'317 fr. 80 si elle n'avait pas été malade, il en résultait un surplus de 7'018 fr. 20 (83'336 fr. - 76'317 fr. 80). Afin de récupérer ce montant, P._____SA demandait à B._____ de signer un formulaire de demande de compensation avec les paiements rétroactifs à verser par l'OAI. On ignore si B._____ a signé ce document et si P._____SA a compensé sa créance.

8. Le 14 juillet 2004, B._____ a écrit ce qui suit à P._____SA :

« Chère Madame,

Comme convenu lors de notre récente conversation téléphonique, je vous confirme par écrit ce qui suit. Je précise que j'ai déjà signalé à plusieurs reprises depuis début 2003 que les primes et les valeurs assurées n'étaient pas conformes avec la nouvelle loi sur le personnel, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2003.

En effet, selon la Lpers, Art 58 b), "le salaire est payé en entier pendant 12 mois et au quatre cinquième pendant les trois mois suivants."

Ce n'est donc qu'à partir du 361^e jour que je dois être assurée pour un montant au-delà des 4/5 du salaire pour les 90 jours suivants et la totalité après.

Il est bien entendu, qu'il faut tenir compte également de la prise en charge de V._____.

Or, je paie 269,30 par mois!!
capital 198 fr/jour
différé 61 jours

Comme déjà mentionné, je suis sur-assurée et paie beaucoup trop.
(...)

Je vous remercie de voir avec votre direction pour corriger mon contrat et ce à effet rétroactif
(...) »

Le 8 novembre 2004, P._____SA a établi, au nom de B._____, une police d'assurance d'indemnité journalière pour incapacité de travail x.___. La police renvoyait aux « CGA 1999 » et prévoyait l'allocation d'une indemnité journalière de 198 fr. dès le 361^{ème} jour d'incapacité de travail. Le début du contrat était fixé au 1^{er} janvier 2005 et la prime mensuelle s'élevait à 71 fr. 30.

B._____ soutient qu'elle n'a pas reçu la police d'assurance ni les conditions générales et spéciales d'assurance. Elle a toutefois reçu deux attestations d'assurance valables au 1^{er} janvier 2003 et 1^{er} janvier 2004 mentionnant la couverture x.___, le montant journalier assuré de 198 fr., le délai d'attente de 60 jours, la prime mensuelle de 269 fr. 30 et les CGA applicables « 01.1999 », ainsi que deux attestations valables au 1^{er} octobre 2004 et 1^{er} janvier 2005 indiquant la même couverture, le même montant journalier assuré, le délai d'attente de 360 jours et la prime mensuelle de 71 fr. 30, sans indication des CGA applicables.

9. B._____ a subi une incapacité de travail pour cause de maladie à 100 % du 20 mai 2008 au 31 mars 2009, à 80 % du 1^{er} avril au 31 mai 2009 et à 60 % du 1^{er} juin 2009 au 28 février 2013, date de sa retraite. Dans une « déclaration d'incapacité de travail maladie » signée en juin 2009, B._____ a indiqué qu'elle travaillait à 90 % en tant qu' [...].

P._____SA a alloué à B._____ des indemnités journalières perte de gain à partir du 15 mai 2009, soit à l'échéance du délai d'attente de 360 jours.

V._____ a alloué à B._____ une pension d'invalidité temporaire partielle de 60 % à partir du 18 août 2009. Le montant mensuel de la pension d'invalidité était de 2'290 fr. 75, soit 75 fr. 31 par jour ($[2'290 \text{ fr. } 75 \times 12] / 365$). Par courriel du 22 février 2010, B._____ a informé P._____SA qu'elle percevait une rente de V._____.

Le 29 mars 2010, P._____SA a informé B._____ que les prestations allouées par un assureur social étaient déductibles du montant

de l'indemnité journalière. Ainsi, pour la période du 1^{er} au 23 février 2010, dès lors que les indemnités journalières dues pour une incapacité de travail de 60 % s'élevaient à 2'732 fr. 40 et qu'il fallait déduire 1'731 fr. 90 versés par V._____, il en résultait un solde de 1'000 fr. 50 en sa faveur.

Selon son décompte du 12 avril 2010 et son mémoire de droit du 28 septembre 2012, P._____SA a explicité que l'assurée aurait dû être indemnisée durant 370 (sic) jours après le délai d'attente de 360 jours du 15 mai 2009 au 19 mai 2010. Toutefois, comme elle n'avait appris que le 22 février 2010 que l'assurée recevait une rente de V._____ depuis le 18 août 2009, elle avait cessé tout versement à partir du 23 février 2010, d'une part en raison de la surindemnisation intervenue du 18 août 2009 au 31 janvier 2010, d'autre part parce qu'il demeurait un solde de 3'567 fr. 50 à récupérer auprès de l'assurée.

Par décision du 16 juillet 2010, l'OAI a accordé à B._____ trois quarts de rente d'invalidité à partir du 1^{er} juin 2010, soit six mois après sa demande de prestations datée du 1^{er} décembre 2009. L'OAI considérait que le revenu sans invalidité était de 122'445 fr. et celui avec invalidité de 48'978 fr., ce qui correspondait à un degré d'invalidité de 60 %. La rente mensuelle s'élevait à 986 fr., soit 32 fr. 42 par jour ($[986 \text{ fr.} \times 12] / 365$).

10. Le 1^{er} novembre 2010, B._____ a déposé une demande auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal tendant au versement par P._____SA d'une indemnité journalière de 198 fr. dès et y compris le 1^{er} février 2010 et jusqu'à épuisement dudit droit, au prorata du degré d'incapacité de gain.

Dans sa réponse du 14 décembre 2010, P._____SA a conclu au rejet de la demande.

Un second échange d'écritures a eu lieu.

Lors de l'audience d'instruction du 10 juillet 2012, P._____SA a déclaré qu'elle ne s'opposait pas à ce que la perte de gain effective de l'assurée, à supposer déterminante, soit fixée d'après le revenu sans invalidité de 122'445 fr. retenu par l'OAI dans sa décision du 16 juillet 2010.

Un délai au 30 septembre 2012 a été imparti aux parties pour déposer un mémoire de droit.

Le 25 septembre 2012, B._____ a conclu au paiement par P._____SA d'un montant de 129'800 fr., avec intérêts dès le jour de la demande, subsidiairement dès une échéance moyenne à calculer par le Tribunal.

Le 28 septembre 2012, P._____SA a conclu au rejet de la demande.

Lors de l'audience de jugement du 24 mai 2013, B._____ a augmenté ses conclusions en ajoutant 24 jours d'indemnisation du 4 février au 28 février 2013, date effective de sa retraite, ce qui correspondait au montant total de 132'632 francs.

11. Le 24 mai 2013, le conseil de B._____, Me Philippe Nordmann, a déposé la liste de ses opérations totalisant 54,85 heures.

En droit :

1. L'appel auprès de la Cour d'appel civile est ouvert contre un jugement en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie communiqué après le 1^{er} janvier 2011 par la Cour des assurances sociales dans une procédure introduite avant cette date (JT 2011 III 143).

L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19

décembre 2010 ; RS 272]) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). En se référant au dernier état des conclusions, l'art. 308 al. 2 CPC vise les conclusions litigieuses devant l'instance précédente, non l'enjeu de l'appel (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure ; JT 2010 III 126).

En l'espèce, la limite de 10'000 fr. fixée par l'art. 308 al. 2 CPC est sans conteste atteinte. Motivé et interjeté en temps utile (art. 311 al. 1 CPC) par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), l'appel est formellement 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. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JT 2011 III 43 c. 2 et les réf.).

En l'espèce, les pièces produites par l'appelante, à savoir la « Feuille de calcul pour les collaborateurs du Q._____ » établie le 28 novembre 2001 et sa lettre du 20 avril 2003 adressée à P._____SA figurent déjà au dossier. L'état de fait du jugement attaqué a été complété ci-dessus sur la base de ces documents, ainsi que d'autres pièces au dossier.

3. a) L'appelante soutient que les conditions générales/spéciales x.____ 1999/2001 ne sont pas valablement incorporées à son contrat, de sorte qu'il y a lieu de se baser uniquement sur la proposition d'assurance signée le 7 décembre 2001, qui contient tous les éléments essentiels du contrat et a été acceptée par l'assurance au plus tard lors de sa première incapacité de travail en janvier 2002. Elle considère que si les premiers juges ont retenu que les CGA 01.2005 ne lui étaient pas opposables parce

qu'il n'était pas établi qu'elle les avait reçues, il devrait en aller de même en ce qui concerne les conditions générales/spéciales x.____ 1999/2001 qu'elle n'a pas reçues non plus, de même que la police d'assurance. Elle prétend aussi que la clause en petits caractères à la fin de la proposition d'assurance est trop vague, car elle ne mentionne pas quelles CGA et quelle édition lui auraient été transmises.

b) L'art. 3 aLCA, en vigueur en 2001, dispose que les conditions générales de l'assurance doivent ou bien être contenues dans le formulaire même de proposition fourni par l'assureur ou bien avoir été remises au proposant avant qu'il ait remis le formulaire contenant sa proposition de contrat. Conformément à la jurisprudence, en signant la proposition d'assurance, le preneur se soumet aux conditions générales qu'elle contient. Il suffit en outre que la police renvoie simplement aux conditions générales d'assurance. Ainsi, le preneur d'assurance est lié par les conditions générales d'assurance lorsqu'elles sont mentionnées sur la proposition qu'il a signée pour autant qu'il ne démontre pas clairement qu'elles ne lui auraient pas été remises (Carré, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, Lausanne 2000, ad art. 3 LCA, pp. 121-122).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les clauses d'un contrat d'assurance, de même que les conditions générales qui ont été expressément incorporées, doivent être interprétées selon les mêmes principes juridiques que les autres dispositions contractuelles (ATF 135 III 410 c. 3.2 publié in SJ 2009 I, p. 429 ; pour les conditions générales : ATF 135 III 1 c. 2 ; ATF 133 III 675 c. 3.3). S'il n'est pas exclu que l'on retrouve épisodiquement une référence à l'adage « in dubio contra stipulatorem », il est manifeste que celui-ci a perdu de l'importance. Il faut dire que l'idée de punir celui qui a rédigé le contrat ou de trancher systématiquement en faveur de l'assuré ne trouve aucun point d'appui dans le texte légal. Le but de l'interprétation consiste bien plutôt à dégager la volonté exprimée, en considérant la manifestation de volonté telle qu'elle devait être comprise de bonne foi par son destinataire (Corboz, Le contrat d'assurance dans la jurisprudence récente, in SJ 2011 II, pp. 247 ss et les réf. citées).

En présence d'un litige sur l'interprétation d'une clause contractuelle, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance ; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 133 III 61 c. 2.2.1 et réf.).

Lorsque l'assureur, au moment de conclure, présente des conditions générales, il manifeste la volonté de s'engager selon les termes de ces conditions. Si une volonté réelle concordante n'a pas été constatée, il faut donc se demander comment le destinataire de cette manifestation de volonté pouvait la comprendre de bonne foi. Cela conduit à une interprétation objective des termes contenus dans les conditions générales, même si celle-ci ne correspond pas à la volonté intime de l'assureur. Dans le domaine particulier du contrat d'assurance, l'art. 33 LCA précise d'ailleurs que l'assureur répond de tous les événements qui présentent le caractère du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue, à moins que le contrat n'exclue certains événements d'une manière précise, non équivoque. Il en résulte que le preneur d'assurance est couvert contre le risque tel qu'il pouvait le comprendre de bonne foi à la lecture du contrat et des conditions générales incorporées à celui-ci. Si l'assureur entendait apporter des restrictions ou des exceptions, il lui incombait de le dire clairement ; conformément au principe de la confiance, c'est à l'assureur qu'il incombe de délimiter la portée de l'engagement qu'il entend prendre et le preneur n'a pas à supposer des restrictions qui ne lui ont pas été clairement

présentées (Corboz, op. cit., pp. 247 ss ; ATF 133 III 675 c. 3.3 ; dans une forme résumée ATF 135 III 410 c. 3.2, publié in SJ 2009 I, p. 429).

Enfin, conformément à l'art. 11 al. 1 LCA, lorsque la proposition d'assurance (émanant du preneur) a été acceptée par l'assureur, ce dernier est tenu de remettre au preneur un document, appelé la police, qui constate les droits et les obligations des parties.

c) En l'espèce, la police d'assurance individuelle consécutive à la proposition d'assurance signée le 7 décembre 2001 par l'appelante n'a pas été produite, de sorte qu'il y a lieu de se fonder sur cette proposition pour déterminer quelle était la réelle et commune volonté des parties. Dans ce document, l'appelante a coché les rubriques pour l'admission à la nouvelle assurance « x. ___ - Assurance d'indemnités journalières pour perte de gain (classes AB/KM) », sous lesquelles il était indiqué que l'indemnité journalière s'élevait à 198 « francs fixes », avec paiement différé au 61^{ème} jour. Dans la même section, la rubrique concernant la date d'édition des CGA applicables n'a pas été remplie. Juste au-dessus de la signature de l'assurée figurait la mention selon laquelle elle confirmait avoir reçu un exemplaire des conditions générales/spéciales d'assurance qui faisaient partie intégrante du contrat. En outre, les attestations d'assurance valables au 1^{er} janvier 2003 et 1^{er} janvier 2004 que l'appelante a reçues indiquent la couverture d'assurance x. ___ et l'application des « CGA 01.1999 ». Dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre que l'appelante ne pouvait ignorer que des conditions générales complétaient la proposition d'assurance qu'elle avait signée, ce qui est au demeurant l'usage en matière d'assurance, ni que des conditions spéciales étaient également applicables dans la mesure où elle souscrivait une assurance complémentaire spécifique perte de gain parmi d'autres propositions d'assurances. En outre, interprétée selon le principe de la confiance, la proposition d'assurance ne peut se référer qu'aux conditions générales/spéciales applicables au moment où elle a été signée et pas à des conditions générales/spéciales obsolètes ou futures. L'application des CGA 01.2001 et des CSA x. ___ 1999 retenue par les premiers juges doit par conséquent être confirmée.

Il convient au demeurant de constater que les art. 11 CSA x. ___ 1999 (surindemnisation) et 20 al. 2 CGA 01.2001 (prestations d'autres assureurs ou de tiers) (cf. supra, let. C, ch. 3) ne sont ni ambigus ni insolites. Selon la jurisprudence, la validité des clauses contenues dans des conditions générales est limitée par la règle de la clause insolite, selon laquelle une telle clause n'est admissible que si la partie réputée faible ou moins expérimentée a été spécialement mise en garde à son sujet. Pour être insolite, la clause doit conduire à un changement essentiel du caractère du contrat ou s'écarter de manière sensible du cadre légal pour ce type de contrat (ATF 135 III 1 c. 2.1 ; ATF 135 III 225 c. 1.3 ; ATF 138 III 411 c. 3.1). Ainsi a été jugée insolite la clause qui exclut le droit de résiliation du preneur d'assurance dans l'hypothèse où l'assureur adapte le contrat à la suite d'une décision de l'autorité (ATF 135 III 1) ou encore la clause prévoyant que les indemnités journalières dues pour cause de maladie sont réduites de moitié en cas de maladie psychique (ATF 138 III 411). Est insolite la disposition qui est étrangère à la nature même de la convention et qui est susceptible de provoquer la surprise chez une partie faible ou inexpérimentée (Brulhart, Droit des assurances privées, 2008, p. 129). Tel n'est pas le cas en l'espèce puisqu'il n'y a rien de surprenant à ce que l'assureur perte de gain complémentaire précise dans ses conditions générales et spéciales que ses prestations ne seront versées que sous déduction des prestations déjà versées par les assureurs sociaux.

4. L'appelante prétend que les indemnités versées par P. _____ SA lors du premier sinistre en 2002 l'ont été sans imputation de prestations versées par V. _____ et que l'assurance n'a jamais prétendu à un quelconque remboursement. Elle soutient que P. _____ SA a eu connaissance au plus tard au printemps 2002 du versement des prestations de V. _____ et que le fait que celle-ci n'a pas réagi confirme tacitement qu'il n'a jamais été question de déduire les prestations de V. _____ du montant de l'indemnité journalière.

Il n'est pas contesté que l'appelante a été en incapacité de travail à partir du 1^{er} janvier 2002, que V. _____ a versé des prestations à partir du 3 janvier 2002 (cf. P. 101.1 du bordereau de l'appelante du 21 mars 2011) et que P. _____ SA a indemnisé la perte de salaire par le versement d'une indemnité journalière de 198 fr. dès le 61^{ème} jour d'incapacité (cf. P. E du bordereau de la défenderesse du 1^{er} octobre 2012). Contrairement à ce que soutient l'appelante, il ressort clairement de la pièce F du bordereau du 1^{er} octobre 2012 que, le 7 juin 2004, P. _____ SA a informé celle-ci que le cumul de ses propres indemnités journalières, de la rente de V. _____ et des prestations que l'OAI s'apprêtait à lui verser avec effet rétroactif du 1^{er} novembre 2002 au 30 juin 2003 aboutirait à une surindemnisation de 7'108 fr. 20 durant cette période. L'assurance lui a dès lors demandé de signer le formulaire de compensation à faire valoir auprès de l'OAI afin de récupérer cette somme. S'il est ainsi établi que P. _____ SA a demandé à être remboursée en raison d'une surindemnisation, on ne sait en revanche pas si l'appelante a signé le formulaire de compensation et si, partant, l'assurance a pu recouvrer la somme versée en trop. Cela n'est toutefois pas déterminant pour l'examen du présent litige. Si P. _____ SA n'a pas réagi avant d'apprendre que l'appelante allait toucher une rente AI à partir du 1^{er} novembre 2002 à titre rétroactif et si elle n'a pas demandé à l'intéressée la restitution de prestations versées en trop du 1^{er} janvier au 31 octobre 2002, c'est très probablement parce que le cumul de ses propres prestations et celles de V. _____ durant cette période n'aboutissait pas à une surindemnisation. En effet, dès lors que, durant la période du 1^{er} novembre 2002 au 30 juin 2003, le total des prestations de P. _____ SA et de V. _____ par 66'478 fr. (35'227 fr. 60 + 31'250 fr. 40 respectivement) était inférieur au salaire de 76'318 fr. 80 que l'appelante aurait réalisé si elle était restée en bonne santé, il en est certainement allé de même pour la période du 1^{er} janvier au 31 octobre 2002. Quoi qu'il en soit, même s'il était établi que P. _____ SA avait renoncé à obtenir le remboursement de prestations indûment versées du 1^{er} janvier 2002 au 30 juin 2003, cela ne suffirait pas pour en déduire qu'elle a renoncé à faire valoir toute surindemnisation pour l'avenir.

5. L'appelante expose ensuite que le montant de l'indemnité journalière de 198 fr. a été calculé après déduction des éventuelles prestations des premier et deuxième piliers, de sorte qu'il ne saurait être question, lors du versement effectif de l'indemnité journalière, d'imputer une seconde fois d'éventuelles prestations des assureurs sociaux.

A l'appui de son argumentation, l'appelante se réfère à la « Feuille de calcul pour les collaborateurs du Q._____ » établie par P._____SA le 28 novembre 2001 (cf. supra, let. C, ch. 6). On ne dispose d'aucun renseignement sur la manière dont l'assurance a calculé le montant de l'indemnité journalière. Le calcul exposé par l'appelante semble cohérent, à savoir que, de son salaire annuel de 106'886 fr., auraient été déduites les prestations LPP par 21'684 fr. (12 x 1'807 fr.) et la rente annualisée minimale du premier pilier par 12'360 fr. (12 x 1'030 fr.), ce qui aboutit au chiffre de 198 fr. ($[106'886 \text{ fr.} - 21'684 \text{ fr.} - 12'360 \text{ fr.}] / 365$). Toutefois, il ne s'agit là que d'un calcul théorique visant à évaluer au plus juste la perte de gain que l'assuré aurait à subir et, partant, à déterminer le montant de la prime mensuelle. Ce calcul ne concerne en rien la manière dont l'assureur entend ensuite indemniser l'assuré et c'est sur ce point particulier que l'appelante se méprend. En effet, ce n'est pas l'indemnité journalière de 198 fr. qui doit être imputée à hauteur des prestations versées par les assureurs sociaux (cf. appel, p. 8 let. g et f), mais bel et bien le salaire effectif que l'appelante aurait réalisé si elle était restée en bonne santé qui doit être imputé, en l'espèce, des versements des rentes invalidité AI et LPP (cf. art. 11 CSA x.____ 1999). C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont considéré qu'il y avait lieu d'imputer les prestations des assureurs AI et LPP du salaire effectif de l'appelante afin de déterminer le droit aux prestations de P._____SA.

6. L'appelante fait valoir encore que, s'agissant de son incapacité de travail ayant débuté en 2008, le délai d'attente n'est pas de 360 jours mais de 60 jours, comme indiqué dans la proposition d'assurance.

Le 14 juillet 2004, l'appelante a expressément demandé à l'intimée que sa prime mensuelle soit réduite dès lors que, selon la

nouvelle réglementation de son employeur, son salaire lui était versé en entier pendant les douze premiers mois d'incapacité de travail. Dans ce courrier, elle a d'ailleurs elle-même indiqué que « Ce n'est donc qu'à partir du 361^e jour que je dois être assurée ». Les attestations d'assurance qu'elle a reçues indiquent également que le délai d'attente est de 360 jours. En outre, conformément à la jurisprudence, lorsqu'il s'est établi une relation durable entre les parties, il arrive que l'assureur envoie une nouvelle police sans que celle-ci ne soit précédée d'un nouvel accord entre les parties. Il faut alors plutôt considérer que cette police constitue une nouvelle offre de l'assureur qui peut être acceptée par actes concludant, notamment en payant la prime proposée (TF 4C.98/2007 du 29 avril 2008, cité par Corboz, op. cit., p. 252). Ainsi, dès lors qu'à sa demande, le paiement des indemnités a été différé en échange d'une réduction de prime, l'appelante ne saurait prétendre, après avoir versé pendant des années une prime réduite, que ce délai d'attente de 360 jours ne s'applique pas.

7. L'appelante conteste que le droit aux indemnités journalières s'éteint après 720 jours.

Comme exposé ci-dessus, les conditions spéciales CSA x.____ 1999 sont applicables à l'appelante. L'art. 6 al. 1 qui dispose que les prestations assurées sont versées, pour une ou plusieurs maladies, pendant 720 jours au maximum délimite clairement le droit aux prestations et ne donne lieu à aucune autre interprétation.

8. L'appelante affirme que les premiers juges n'auraient pas dû retenir un revenu annuel de 122'455 fr. correspondant à un taux d'activité de 90 %, mais un revenu de 136'050 fr. correspondant à un taux d'activité de 100 pour-cent.

En l'espèce, l'appelante ne conteste pas le fait qu'elle travaillait à 90 % lorsque son incapacité de travail a débuté le 20 mai 2008. C'est d'ailleurs ce qui est indiqué dans le formulaire « déclaration d'incapacité de travail maladie » qu'elle a signé en juin 2009. Sachant que

l'assurance journalière complémentaire a pour but la protection contre la perte de gain effective (cf. art. 11 CSA x. ___ 1999), ce n'est pas le revenu au moment de la conclusion de l'assurance qui est déterminant, mais celui au moment de la survenance de l'incapacité de travail. L'assurance couvre en effet la perte de gain liée à une incapacité de travail et non à un choix personnel de réduire son activité. Au demeurant, l'appelante ne soutient pas ni ne prouve qu'elle était déjà en incapacité de travailler à 10 % à ce moment-là, par exemple en produisant la copie d'un certificat médical. Enfin, la prise en compte du revenu sans invalidité de 122'445 fr. fixé par l'OAI dans sa décision du 16 juillet 2010 ne prête pas le flanc à la critique.

9. Les calculs effectués par les premiers juges en ce qui concerne l'indemnisation de l'incapacité de travail de l'appelante du 1^{er} février au 28 février 2010, du 1^{er} mars au 31 mai 2010 et à partir du 1^{er} juin 2010 pour les 339 jours restants, sont corrects et doivent être confirmés.

10. Enfin, l'appelante s'en prend aux dépens de 1'800 fr. qui lui ont été alloués.

L'appelante a obtenu environ un tiers du montant qu'elle réclamait, alors que l'intimée avait conclu au rejet de sa demande. Assistée par un mandataire professionnel, elle a droit à des dépens (art. 55 LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36], applicable par analogie selon l'art. 109 al. 1 LPA-VD), fixés d'après l'importance et la complexité du litige, sans égard à la valeur litigieuse (application analogique de l'art. 7 TFJAS). En l'espèce, compte tenu de la complexité de l'affaire (double échange d'écritures, tenue de deux audiences et dépôt de mémoires de droit), de plein dépens de 6'000 fr., supérieurs à la fourchette non limitative de l'art. 7 TFJAS, apparaissent adéquats, de sorte que la défenderesse versa à la demanderessse, qui obtient partiellement gain de cause, des dépens réduits de 4'000 francs.

11. Il résulte de ce qui précède que l'appel doit être partiellement admis et le jugement entrepris réformé en ce sens qu'O. _____ SA doit

verser à B. _____ 4'000 fr. à titre de dépens de première instance. Le jugement est confirmé pour le surplus.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires de deuxième instance (art. 113 al. 2 let. f CPC).

Dès lors que l'appelante n'obtient gain de cause que sur une question accessoire et succombe pour l'essentiel, les dépens de deuxième instance doivent être répartis à raison de 5/6 à la charge de l'appelante et 1/6 à la charge de l'intimée. L'appelante a par conséquent droit à des dépens réduits de 500 fr. sur la base de pleins dépens de 3'000 francs.

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

- I. L'appel est partiellement admis.
- II. Le jugement est réformé comme il suit au chiffre III de son dispositif :
- III. O. _____ SA doit verser à B. _____ la somme de 4'000 fr. (quatre mille francs) à titre de dépens.

Il est confirmé pour le surplus.

- III. L'arrêt est rendu sans frais.
- IV. L'intimée O. _____ SA doit verser à l'appelante B. _____ la somme de 500 fr. (cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 10 janvier 2014

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

La greffière :

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 Philippe Nordmann (pour B. _____)
- O. _____ 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 :

- Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal

La greffière :