

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 5 août 2013

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : MM. Creux et Perrot
Greffier : M. Heumann

Art. 308 al. 2, 310 let. a et b CPC ; 61 LCA

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.**_____, à [...], demandeur, contre le jugement rendu le 13 novembre 2012 par le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **R.**_____, à Berne, défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par jugement du 13 novembre 2012, dont les considérants ont été notifiés le 15 avril 2013 aux parties, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté les conclusions de la demande déposée le 29 août 2011 par A._____ à l'encontre de R._____ (I), fixé l'indemnité du conseil d'office du demandeur (II), arrêté les frais judiciaires à la charge du demandeur et laissé ceux-ci à la charge de l'Etat (III) fixé les dépens dus par le demandeur à la défenderesse (V) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI).

En droit, les premiers juges se sont prononcés sur la conclusion en paiement du demandeur à l'encontre de la défenderesse portant sur la somme de 61'599 fr. 50, plus intérêts, représentant des indemnités journalières pour perte de gain durant la période s'étendant du 1^{er} juin 2010 au 27 novembre 2012 (100% entre le 1^{er} juin 2010 et le 31 janvier 2011, puis 50% entre le 1^{er} février 2011 et le 27 novembre 2012). Se fondant sur un rapport d'expertise établi en cours d'instruction par le Dr X._____, privat docent à la Faculté de médecine et chirurgie orthopédique FMH à Genève, ils ont constaté que l'incapacité de travail alléguée par le demandeur n'était pas établie au-delà du 1^{er} juin 2010. Ils ont également considéré que les attestations médicales émanant du Dr E._____, médecin traitant du demandeur depuis 1989, ne reposaient « sur aucune justification médicale » et qu'elles étaient contredites par l'expert X._____ et le Dr Z._____, chirurgien orthopédique FMH à K._____ ayant suivi le demandeur à partir du mois de mars 2010. Dès lors, les premiers juges ont rejeté la conclusion en paiement du demandeur à l'encontre de l'assureur perte de gain.

B. Par acte d'appel du 23 avril 2013, formé sans l'aide d'un mandataire professionnel, A._____ a contesté une première fois ce jugement.

Par arrêt du 2 mai 2013, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a prononcé l'irrecevabilité de l'appel au motif qu'il ne satisfaisait pas à l'exigence de motivation de l'art. 311 al. 1 CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272) et qu'il était dépourvu de toute conclusion.

Le 14 mai 2013, cette fois-ci assisté d'un avocat, A. _____ a déposé un deuxième acte d'appel, dûment motivé et par lequel il a conclu, avec suite de frais et dépens, principalement à ce que la défenderesse R. _____ lui doit paiement de la somme de 61'559 fr. 50 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2010 sur la somme de 31'396 fr. 25 et dès le 1^{er} mai 2011 sur la somme de 30'203 fr. 25, et subsidiairement à ce que le jugement soit annulé et la cause renvoyée à l'autorité de première instance pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants de l'arrêt à intervenir. A l'appui de son appel, il a produit deux pièces nouvelles, dont la recevabilité sera examinée ci-après, et a sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Par décision du 6 juin 2013, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a accordé à A. _____ le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 14 mai 2013 dans la procédure d'appel et a désigné Me Michel Dupuis en qualité de conseil d'office.

R. _____ n'a pas été invitée à déposer une réponse.

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

1. A. _____ a été employé par la boulangerie B. _____ à K. _____ depuis 2003 et jusqu'au 28 février 2010, date à laquelle prenait effet un congé signifié à son employeur par lettre recommandée du 16 décembre 2009. Il était affilié par son ancien employeur à l'assurance collective d'indemnité journalière maladie de R. _____.

2. Les conditions générales d'assurance collective d'indemnité journalière maladie de R. _____, édition 2007, mentionnent notamment ce qui suit :

"A Etendue de l'assurance

A1 Objet de l'assurance

1 Nous accordons une couverture d'assurance contre les conséquences économiques de maladies. Dans la mesure où un complément allocation maternité est assuré, la couverture s'étend également aux conséquences économiques d'un accouchement.

[...]

B Notions

B1 Maladie

1 Toute atteinte involontaire à la santé, constatée par un médecin et qui n'est pas la conséquence d'un accident ou de ses suites.

[...]

B2 Incapacité de gain

1 Incapacité de gain temporaire (indemnité journalière)

Il y a incapacité de gain temporaire lorsque, à la suite d'une maladie, la personne assurée est incapable, à raison d'au moins 25%, d'exercer son activité professionnelle au sein de l'entreprise assurée.

Toute personne assurée dont les rapports de travail ont cessé est tenue, 120 jours après le début de l'incapacité de gain dûment attestée par un médecin, d'accepter une autre activité en rapport avec sa formation et son statut professionnel. Lorsque la personne assurée refuse de chercher une activité qu'on peut raisonnablement attendre d'elle ou d'accepter une telle activité, son degré d'incapacité de gain est réévalué et l'indemnité journalière réduite en conséquence.

2 Incapacité de gain permanente (rente d'invalidité)

Il y a incapacité de gain permanente lorsque, à la suite d'une maladie, la personne assurée est incapable d'exercer une quelconque activité professionnelle à raison d'au moins 25%, indépendamment de la profession et de la formation, et en tenant compte de l'ensemble du marché du travail.

[...]

C Prestations

Sont assurées les prestations indiquées dans le contrat. Celles-ci sont considérées comme des prestations d'assurance dommages.

C1 Indemnité journalière

1 Nous payons l'indemnité journalière pendant la durée de prestation

mentionnée dans le contrat, au maximum toutefois jusqu'à l'âge de la retraite AVS.

[...]

L'indemnité journalière sera servie pour chaque jour d'incapacité de gain temporaire dûment constatée par un médecin (B2.1); son montant dépendra du degré d'incapacité de gain.

Lorsque la personne assurée est réputée au chômage au sens de l'art. 10 de la Loi fédérale sur l'assurance chômage obligatoire (AC), nous allouons les prestations suivantes:

- en cas d'incapacité de gain de plus de 50%, l'indemnité journalière entière;

- en cas d'incapacité de gain de plus de 25% et jusqu'à 50%, la moitié de l'indemnité journalière;

- en cas d'incapacité de 25% ou moins, aucune indemnité journalière.

Les jours d'incapacité de gain partielle sont considérés comme des jours entiers dans le calcul de la durée de prestation.

[...]

2 L'obligation de servir des prestations commence à l'expiration du délai d'attente et à la condition que la personne assurée fasse encore partie du cercle des personnes assurées à l'expiration dudit délai. Le délai d'attente commence le jour où l'incapacité de gain a été attestée par un médecin, mais au plus tôt 7 jours avant la date de l'examen médical. Les jours d'incapacité de gain partielle sont considérés comme des jours entiers dans le calcul du délai d'attente.

[...]

E Dispositions générales

E1 Commencement et fin de l'assurance

[...]

3 Couverture subséquente

Si, au moment de l'extinction de l'assurance selon l'article E1.2a ou b, une personne assurée est déjà au bénéfice d'indemnités journalières, celles-ci lui seront versées également après cette date, au maximum toutefois pendant la durée de prestation convenue et dans la mesure où l'incapacité de gain temporaire atteint au minimum 25% sans interruption. Les indemnités journalières déjà versées seront prises en compte dans la durée de prestation. La couverture subséquente cesse avec l'extinction du droit à l'indemnité journalière au sens de l'article C1.1. Pour les travailleurs qui sont au bénéfice d'une rente d'invalidité, la couverture subséquente reste valable pour cette prestation.

[...]"

3. Selon attestation du Dr E._____ du 26 novembre 2010, A._____ a été déclaré en incapacité de travail totale pour maladie depuis le 20 janvier 2010.

Cette incapacité est la suite d'une première affection, à savoir une "gonalgie bilatérale sur arthrose", ayant justifié une incapacité de travail du 27 novembre 2008 au 31 janvier 2009.

4. Le 13 avril 2010, A._____ a téléphoné à R._____. Il ressort de la notice téléphonique relative à cet entretien ce qui suit:

*"M. A._____ confirme qu'il est toujours en incapacité de travail. Il a envoyé les certificats d'IT pour mars et avril à son employeur, M. G._____. Comme nous n'avons rien reçu, il va nous envoyer une copie.
-> envoyer certificats CIT pour ok Dr. E._____.*

[signature]

PS: M. A._____ a été envoyé chez un spécialiste: Dr. Z._____ à K._____.

RV: 19.04.2010"

5. Le 15 avril 2010, le Dr E._____ a établi un certificat médical concernant l'incapacité de travail, dans lequel il constate qu'il s'est occupé du traitement ambulatoire du 20 janvier 2010 au 29 mars 2010, mais que c'est le Dr Z._____ qui a repris ce traitement depuis le 9 mars 2010. Il ressortait de ce certificat médical que l'on pouvait attendre une reprise de l'activité professionnelle à une date qui restait "*encore à déterminer*" mais que A._____ était apte à travailler dans une activité adaptée à ses plaintes, soit "*en grande partie assis avec possibilité de changements assez fréquents de positions*".

Selon certificat médical du 9 juin 2010, le Dr Z._____ n'a constaté aucune incapacité de travail, l'aptitude au travail de A._____ ayant été jugée entière par ce spécialiste chirurgien orthopédique FMH. Il est indiqué sous « Symptômes actuels/état actuel » : « Genoux stables et sans épanchement. Mobilité complète. » et précisé sous « Enumération des restrictions physiques, mentales ou psychiques existantes » : « limiter

la marche en terrain accidenté ainsi que la montée/descente des escaliers ».

6. Par courrier du 1^{er} juillet 2010, R. _____ signifiait notamment à A. _____ ce qui suit:

"Nous avons reçu un rapport médical détaillé du Dr Z. _____, en date du 17 juin 2010.

Selon les renseignements médicaux de cet orthopédiste, votre capacité de travail a été jugée entière et aucune incapacité n'a été constatée ni délivrée.

Par conséquent, nos prestations cessent avec effet à la date de réception du document.

[salutations/signature]."

A. _____ n'ayant donné aucune suite à ce courrier, R. _____ lui a renvoyé une copie de celui-ci le 23 septembre 2010.

Par courrier du 8 novembre 2010, le conseil de A. _____ a mis en demeure R. _____ de reprendre le versement des indemnités dues à son client au motif que celui-ci serait en incapacité complète de travailler, laquelle aurait été attestée médicalement par le Dr E. _____.

Par courrier du 19 novembre 2010, R. _____ a refusé de revoir sa décision. Il s'en est suivi un entretien du 9 février 2011 en l'étude du conseil de A. _____, à la suite duquel R. _____ a confirmé son refus de toute prestation en faveur de l'intéressé au-delà du 31 mai 2010, se fondant notamment sur le rapport du Dr Z. _____.

7. Selon décompte de sinistre établi par R. _____ le 1^{er} juillet 2010, le salaire annuel assuré de A. _____ s'élevait à 49'468 francs. Le montant de l'indemnité journalière versée par R. _____ à l'intéressé se montait à 108 fr. 45 (80% du salaire assuré), soit 3'361 fr. 95 pour un mois de 31 jours.

Pour la présente incapacité de travail, R._____ a versé des indemnités journalières à A._____ dès le 20 janvier 2010 et jusqu'au 31 mai 2010, soit durant 132 jours au total.

8. A._____ a fait l'objet d'une surveillance entre le 4 mai 2010 et le 31 juillet 2010. Il ressort du rapport d'investigations établi par P._____, expert en sinistres, notamment ce qui suit :

"Suite à un téléphone auprès de la police du commerce [...] [...], nous avons appris qu'une autorisation pour l'exploitation d'une cabane à glaces sur le quai [...], à [...], avait été délivrée au nom de la famille [...] il y a plusieurs années déjà. Depuis deux ou trois ans, cette patente est au nom d'A._____.

Des contrôles sur place ont été effectués sur une période allant du 04.05 au 03.07.2010. Les résultats suivants ont été recueillis:

04.05.2010 En début d'après-midi, la cabane était fermée. En soirée, la cabane était ouverte et un homme correspondant au signalement de Monsieur A._____ s'y trouvait et travaillait.

05.05.2010 Un homme correspondant au signalement de Monsieur A._____ se trouvait sur place.

21.06.2010 La cabane était fermée.

22.06.2010 La cabane était fermée.

24.06.2010 La cabane était fermée.

25.06.2010 La cabane était ouverte et Monsieur A._____ s'y trouvait et vendait des glaces.

28.06.2010 La cabane était ouverte et Monsieur A._____ y travaillait, vendant des glaces.

03.07.2010 La cabane était ouverte et Monsieur A._____ s'y trouvait, vendant des glaces.

Sur présentation d'une photographie prise à l'une de ces occasions, Monsieur A._____ a été formellement reconnu comme étant la personne qui travaille dans la cabane à glaces.

[...]

Propositions

A la vue de ce qui précède, je propose de mettre un terme à nos prestations dès le 01.06.2010 dans le cadre de ce sinistre en justifiant notre décision par le fait que la personne assurée à été vu à plusieurs reprises, dès le 04.05.2010, en train de vendre des glaces dans le stand

pour lequel il a d'ailleurs une autorisation. Mais aussi du fait qu'elle est déclaré apte au travail à 100%, depuis le début mai 2010."

9. Selon plusieurs attestations médicales délivrées par le Dr E._____, l'incapacité de travail de A._____ s'est prolongée sans interruption à 100% jusqu'au 31 janvier 2011, puis à 50% dès le 1^{er} février 2011 selon attestation médicale du 2 février 2011.

10. Le 16 mars 2011, A._____ s'est présenté à une consultation chez la Dresse H._____, médecin-conseil du Service de l'emploi. Celle-ci lui a délivré un certificat médical attestant de son incapacité de travail à 50% dès le 16 mars 2011. En outre, il ressort du rapport établi le 21 mars 2011 par ce médecin que l'incapacité de travail de l'intéressé est « probablement de longue durée » et que sa capacité de travail est de « 50% dès maintenant ». Il est encore précisé que l'intéressé peut encore exercer sa profession sous réserve des restrictions suivantes : « pas de port de charges à répétition au-dessus de 7 kg, pas de longues marches, pas de travail sur du terrain instable, pas de montée et descente des escaliers, pas d'activités sollicitant fortement le bras gauche ». Sous la rubrique « remarques », on peut lire ce qui suit : « M. A._____ présente des problèmes de santé interférant avec sa capacité de travail. En raison de ses problèmes médicaux, il ne peut que travailler à 50% dans une activité adaptée dont les restrictions ont été énumérées ci-dessus. Je conseille à l'ORP de mettre en place un stage dans une activité adaptée à 50% afin de pouvoir évaluer les possibilités et limitations sur le terrain et l'attitude globale au travail. En cas de problème de santé durant cet ETS, seule une attestation médicale effectuée par le médecin-conseil est à prendre en considération. Le cas échéant, je demande à l'ORP de me réadresser M. A._____ sans tarder pour une nouvelle évaluation de sa capacité de travail. A noter qu'une demande AI est en cours. ».

11. Par demande du 29 août 2011 adressée au Tribunal de l'arrondissement de l'Est vaudois, A._____ a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que R._____ soit reconnue sa débitrice et lui doive prompt paiement de la somme de 61'599 fr. 50, avec intérêts à 5% l'an

dès le 1^{er} juillet 2010 sur la somme de 31'396 fr. 25 et dès le 1^{er} mai 2011 sur la somme de 30'203 fr. 25.

Par réponse du 3 novembre 2011, R. _____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à la libération des fins de la demande (I) et à ce que A. _____ soit condamné à lui verser de pleins dépens (II).

Le 11 novembre 2011, A. _____ s'est déterminé sur la réponse et a confirmé les conclusions prises au pied de sa demande du 29 août 2011.

12. Par ordonnance de preuves du 26 janvier 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment ordonné la mise en œuvre d'un expert, lequel avait mission de répondre aux allégués n^{os} 14, 17, 18, 50 à 52.

Le 30 avril 2012, l'expert X. _____ a déposé son rapport d'expertise, duquel il ressort notamment ce qui suit :

"Quel fait médical a-t-il justifié ces déclarations d'incapacité de travail faites par le Dr E. _____? J'avoue que je n'en ai trouvé aucun, ni dans le dossier personnel du Dr E. _____, ni dans les rapports du Dr Z. _____.

[...]

Allégué n°14: (du 29 août 2011): à ce jour, les indemnités journalières en faveur du demandeur sont toujours dues par la Défenderesse, compte tenu d'une incapacité de 50% à tout le moins depuis le 1^{er} février 2011?

Réponse: il m'est impossible de répondre à cette question, car il s'agit d'un problème administratif concernant R. _____ et c'est à elle de décider si les indemnités journalières sont toujours dues compte tenu de mes constatations.

Allégué n°17: la durée de l'incapacité de travail du Demandeur telle que retenue par son Médecin correspond à la réalité?

Réponse: à mon avis, non, car au moment de sa démission de son travail à B. _____, en décembre 2009, le patient travaillait normalement et qu'il a été mis à l'incapacité de travail 100% à partir du 1^e janvier 2010, sans aucune justification médicale du Dr E. _____, ni envers l'assurance perte de gains, ni par une aucune mention dans ses notes personnelles.

En outre, car après son examen médical détaillé de mars 2010, à l'attention du Dr E. _____, confirmé par son certificat médical à R. _____ du 9 juin 2010, le Dr Z. _____ ne constate aucune incapacité de travail.

Allégué n°18: (du 29 août 2011): son incapacité de travail se prolonge encore actuellement, partiellement ou entièrement par période?

Réponse: je ne peux pas me déclarer d'accord avec cet allégué, étant donné ma réponse détaillée à l'allégué n°17. Après mes investigations multiples rapportées dans mon rapport, je considère que monsieur A. _____ comme capable de travailler actuellement à 100% dans une activité adaptée, telle que celle décrite par le Dr Z. _____ dans son rapport du 9 juin 2010.

Allégué n°50: (du 11 novembre 2011): depuis l'atteinte à sa santé en janvier 2010, voir bien auparavant, le Demandeur n'a jamais pu reprendre une activité à 100%?

Réponse: non, car comme déjà développé plus haut, le patient travaillait normalement selon son ancien patron monsieur G. _____, au moment où il a donné sa démission, celle-ci étant motivée par une incompatibilité d'humeur entre lui et l'épouse de monsieur G. _____, (voir sa lettre de congé du 16 décembre 2009) et non par des problèmes de santé.

Allégué n°51: (du 11 novembre 2011): encore actuellement au moment du dépôt de la présente écriture, le Demandeur est toujours en incapacité de travail?

Réponse: je considère, comme déjà mentionné, que monsieur A. _____ a une capacité de travail de 100% dans une activité adaptée et que, du reste, il compte recommencer à travailler le 1^{er} mai 2012, dans son ancienne Boulangerie à [...].

Monsieur A. _____ m'a déclaré que, subjectivement, il considérait qu'il ne pouvait pas travailler à davantage que 50%. C'est une évaluation de sa

part qui ne correspond pas à mes constatations.

Allégué n°52: (du 11 novembre 2011): l'incapacité de travail est directement consécutive aux atteintes qu'il a subies alors qu'il était employé par l'entreprise B. _____ à K. _____ ?

Réponse: j'ai montré, dans mon rapport, que les plaintes du patient concernant ses deux genoux sont largement antérieures à son activité à B. _____, puisque déjà en 1996 il s'était plaint au Dr [...], et qu'il avait été suivi entre 1997 et 2000 par le Dr [...], et puisque jusqu'à maintenant, il n'y a pas d'évolution évidente de son état pendant ces 12 dernières années (état de santé de l'épaule gauche et de ses genoux.

On ne peut donc pas être d'accord avec cet allégué."

Par avis du 30 avril 2012, le rapport d'expertise précité a été communiqué aux parties et un délai prolongé au 20 juin 2012 leur a été imparti pour requérir des explications ou poser des questions complémentaires.

Le 19 juin 2012, A. _____ s'est déterminé sur les conclusions du rapport d'expertise. Il n'a requis aucune explication ni question complémentaire. Il a toutefois voulu préciser que s'il avait existé des tensions entre lui-même et l'épouse de son ancien employeur, cet élément n'avait eu aucune influence sur l'effectivité des problèmes de santé qu'il avait rencontrés, contrairement à ce que semblait dire l'expert dans son rapport, et que c'étaient donc bien les douleurs engendrées par les difficultés liées à son activité professionnelle, qui avaient eu pour effet d'obliger son médecin traitant à ordonner un arrêt de travail depuis le 20 janvier 2010 jusqu'à ce jour.

13. Le 1^{er} novembre 2012, s'est déroulée l'audience de jugement, au cours de laquelle les parties, assistées de leurs conseils respectifs, ont été entendues.

Informé des conséquences pénales d'une fausse déclaration en justice et exhorté à dire la vérité, A. _____ a confirmé avoir été

employé de la boulangerie B._____ depuis 2003 et jusqu'au 28 février 2010. Il a également confirmé être en incapacité de travail à 50% depuis le 1^{er} février 2011 et jusqu'à ce jour, précisant avoir retrouvé un emploi à 50% dans une boulangerie à [...] depuis le 1^{er} mai 2012. Il a également exposé que son salaire annuel assuré se montait à 49'468 fr. environ. Il a en outre relevé avoir téléphoné à R._____ le 13 avril 2010 et confirmé les termes de l'entretien téléphonique figurant sur la note interne produite par la défenderesse. Il a également précisé avoir réagi au courrier de R._____ du 1^{er} juillet 2010 en informant son avocat de l'époque et en comptant sur lui pour réagir. Enfin, l'intéressé a le souvenir de n'avoir reçu qu'un seul courrier, celui du 1^{er} juillet 2010, et ne pas avoir réagi à celui du 23 septembre 2010 qu'il n'a selon lui pas reçu.

Egalement informée des conséquences pénales d'une fausse déclaration en justice et exhortée à dire la vérité, N._____, représentante de R._____, a pour sa part relevé qu'il ressortait du dossier que l'intéressé avait été employé de la boulangerie B._____ depuis 2003 et jusqu'au 28 février 2010. Elle a contesté le fait que A._____ soit en incapacité de travail à 50% depuis le 1^{er} février 2011. Elle a également confirmé que le salaire annuel assuré de l'intéressé était de l'ordre de 49'468 francs. Elle a en outre expliqué qu'une collaboratrice de R._____, qui travaillait à [...], avait répondu à un appel téléphonique de A._____ le 13 avril 2010, et a précisé posséder la note manuscrite originale de cet entretien. Enfin, elle a indiqué que l'intéressé n'avait réagi ni au courrier du 1^{er} juillet 2010, ni à celui du 23 septembre 2010.

Lors de l'audience, les témoins suivants ont été entendus :

- G._____, né en 1957, boulanger-pâtissier, domicilié à [...], ancien employeur de A._____ à la boulangerie B._____, lequel a confirmé que celui-ci avait donné son congé pour le 28 février 2010. Il a déclaré savoir que l'intéressé exploitait une cabane à glaces sur les quais à [...] et qu'il avait l'intention de remettre cette cabane, mais ignorer qu'il était sous surveillance. Il a également précisé savoir que, du temps où il travaillait chez lui, A._____ exploitait cette cabane, en tous cas le week-

end et lors de ses jours de congé. En revanche, il a indiqué ignorer si A._____ avait travaillé dans cette cabane à glaces après avoir quitté son entreprise.

- P._____, né en 1976, expert en sinistre, domicilié à [...], qui a déclaré avoir soumis A._____, entre le 4 mai et le 3 juillet 2010, à surveillance à la suite d'une dénonciation informant que celui-ci travaillait dans une cabane à glaces sur les quais à [...]; il a d'abord repéré les lieux, puis a cherché à savoir s'il s'agissait de l'intéressé qui exploitait cette cabane à glaces. Il a par ailleurs pris des photos qu'il a montrées à R._____, qui a reconnu A._____. Dès qu'il a eu confirmation de l'identité de la personne exploitant la cabane à glaces, il a procédé à trois passages d'une trentaine de minutes les 25 et 28 juin 2010 ainsi que le 3 juillet suivant. Il a pu constater que A._____ travaillait à chaque fois dans cette cabane, seul. Il a pu observer que celui-ci travaillait debout et ne souffrait apparemment d'aucune limitation fonctionnelle quelconque.

En droit :

1. a) Le jugement entrepris a été notifié aux parties le 15 avril 2013, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 271), 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, peu importe qu'il soit soumis à la juridiction civile ou qu'il reste de la compétence d'un tribunal des assurances (art. 7 CPC ; Rüetschi, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich-Bâle-Genève 2010, n. 15 ad art. 7 CPC). 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 peuvent faire l'objet d'un appel qui doit être

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.).

b) 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 supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Celle-ci est déterminée par le dernier état des conclusions des parties en première instance (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 13 ad art. 308 CPC, p. 1243). L'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel, dans les trente jours à compter de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

Formé en temps utile par une partie qui y a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) contre une décision finale de première instance rendue dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs, le présent appel est recevable.

2. a) 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). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC).

b) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC; Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 317 CPC). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et

preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 et les références citées).

En l'espèce, l'appelant a produit deux pièces nouvelles, soit le certificat médical du 18 mars 2011 établi par la Dresse H._____ et le rapport du même médecin daté du 21 mars 2011. L'autorité de première instance avait ordonné la production du dossier de l'appelant auprès du Service de l'emploi. Cette autorité avait néanmoins refusé de remettre ce dossier, invoquant des motifs de protection des données de l'assuré, tout en réservant le cas où ce dernier donnerait son consentement à la production. Quand bien même l'assuré avait finalement consenti à cette production, le dossier du Service de l'emploi concernant l'appelant ne figurait pas au dossier de première instance lorsque le jugement a été rendu. Compte tenu de ce qui précède, et dès lors que deux pièces ressortant du dossier du Service de l'emploi ont été produites par l'appelant, il convient de prendre celles-ci en compte, si bien que l'état de fait du jugement a été complété en conséquence.

3. a) L'appelant fait grief aux premiers juges d'avoir écarté les certificats médicaux établis par le Dr E._____, son médecin traitant, sans fournir de réelles explications et d'avoir privilégié les avis médicaux contraires exprimés par le Dr Z._____, médecin mandaté par l'intimée, et l'expert X._____. Il reproche également aux premiers juges de n'avoir fait aucun cas et de n'avoir tiré aucune conséquence du rapport du 21 mars 2011 établi par la Dresse H._____, duquel il ressort que l'incapacité de travail de l'appelant était de longue durée et lui imposait, à son terme, de retrouver une activité adaptée à ses douleurs, excluant tout port de charge à répétition au-dessus de 7kg, de longues marches, un travail sur du terrain instable, des montées et descentes d'escaliers, et aucune activité sollicitant fortement le bras gauche.

b/aa) D'après les Conditions générales (CG) pour l'assurance collective d'indemnité journalière maladie (Edition 2007) de R._____, il y a incapacité de gain temporaire lorsque, à la suite d'une maladie, la

personne assurée est incapable, à raison d'au moins 25%, d'exercer son activité professionnelle au sein de l'entreprise assurée (art. B2.1 al. 1 CG). L'indemnité journalière sera servie pour chaque jour d'incapacité de gain temporaire dûment constatée par un médecin ; son montant dépendra du degré d'incapacité de gain (art. C1.1 al. 3 CG).

bb) Les assurances complémentaires pratiquées par les caisses-maladie en plus de l'assurance-maladie sociale relèvent du droit privé. Elles sont régies par la législation civile fédérale, notamment par la LCA (Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance ; RS 221.229.1), et non par la législation de droit public sur l'assurance-maladie sociale (Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie [LAMal] ; RS 832.10 ; cf. art. 12 al. 3 LAMal). La procédure est régie par le CPC, lequel soumet les litiges portant sur des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale à la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. f CPC qui a remplacé au 1^{er} janvier 2011 l'art. 85 al. 2 LSA [loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance, RS 961.01]). S'agissant de l'appréciation des preuves et en particulier des rapports médicaux, on peut se référer à la jurisprudence des cours sociales du 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 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 réf. cit. ; 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). La tâche du médecin consiste à évaluer l'état de santé de la personne assurée et à indiquer dans quelle proportion et dans quelles activités elle est incapable de travailler (ATF 125 V 256 c. 4 ; TF 8C_862/2008 du 19 août 2009 c. 4.2 ; TF 9C_519/2008 du 10 mars 2009 c. 2.1). En outre, les

renseignements fournis par les médecins constituent une base importante pour apprécier la question de savoir quelle activité peut encore être raisonnablement exigée de la part de la personne assurée (ATF 125 V 256 c. 4 ; ATF 115 V 133 c. 2 ; ATF 114 V 310 c. 2c ; ATF 105 V 156 c. 1).

Pour conférer une pleine valeur probante à un rapport médical, les points litigieux importants doivent avoir fait l'objet d'une étude circonstanciée. Il faut encore que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes de la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient claires et enfin que les conclusions de l'expert soient bien motivées. Au demeurant, l'élément déterminant, pour la valeur probante, n'est ni l'origine du moyen de preuve, ni sa désignation comme rapport ou comme expertise, mais bel et bien son contenu (ATF 134 V 231 c. 5.1 ; ATF 125 V 351 c. 3a et la réf. cit. ; TF 9C_22/2011 du 16 mai 2011 c. 5 ; TF 9C_745/ 2010 du 30 mars 2011 c. 3.1). L'appréciation de la situation médicale d'un assuré ne se résume pas à trancher, sur la base de critères formels, la question de savoir quel est parmi les rapports médicaux versés au dossier, celui qui remplit au mieux les critères jurisprudentiels en matière de valeur probante. La valeur probante d'une expertise dans une discipline médicale particulière dépend également du point de savoir si l'expert dispose d'une formation spécialisée dans le domaine concerné. L'administration et les tribunaux devant pouvoir se reposer sur les connaissances spécialisées de l'expert, cela suppose des connaissances correspondantes bien établies de la part de l'auteur du rapport médical ou à tout le moins du médecin qui le vise (TF 9C_547/2010 du 26 janvier 2011 c. 2.2 ; TF 8C_420/2010 du 27 octobre 2010 c. 4.3 ; TF 8C_65/2010 du 6 septembre 2010 c. 3.1 ; TF 9C_53/2009 du 29 mai 2009 c. 4.2 et les arrêts cités).

Un rapport médical ne saurait être écarté pour la simple et unique raison qu'il émane du médecin traitant. De même, le simple fait qu'un certificat est établi à la demande d'une partie et produit pendant la procédure ne justifie pas, en soi, des doutes quant à sa valeur probante.

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

c) En l'espèce, il n'est pas contesté que les relations contractuelles entre les parties sont régies par les conditions générales d'assurance collective d'indemnité journalière maladie de l'intimée. En revanche, les parties sont divisées sur la question de savoir si l'appelant a été en incapacité de travail et si celle-ci a été dûment constatée par un médecin. Les premiers juges se sont fondés sur le rapport du 30 avril 2012 de l'expert X._____ et sur le certificat médical du 9 juin 2010 du Dr Z._____ pour considérer que l'appelant n'était au bénéfice d'aucune incapacité de travail depuis le 1^{er} juin 2010 ; ils ont écarté les attestations médicales établies par le Dr E._____ pour le motif qu'elles ne reposaient sur aucune justification médicale et que deux autres praticiens étaient d'un avis contraire. Pour l'appelant, la pertinence des certificats médicaux du Dr E._____ ne saurait être remise en cause au motif que ce praticien le suit depuis de nombreuses années, qu'il a d'ailleurs effectué un grand nombre de consultations en 2010 et qu'il l'a accompagné depuis le début de son incapacité de travail.

Quand bien même un rapport médical ne saurait être écarté pour la simple et unique raison qu'il émane du médecin traitant, il existe en l'espèce des éléments au dossier qui permettent de retenir que les attestations d'incapacité de travail du Dr E._____ ont été établies sans justification médicale suffisante. En effet, il ressort du rapport d'expertise que l'expert a sollicité la consultation du dossier médical du Dr E._____ dès lors qu'il avait constaté que, dans tous les documents qui lui avaient été remis, il n'y avait aucune justification médicale de l'incapacité de

travail de l'appelant (rapport d'expertise, p. 8). Après examen du dossier remis par le successeur du Dr E. _____ (rapport d'expertise p. 8 à 13), ce dernier ayant cessé son activité en automne 2011, l'expert a constaté que l'appelant avait déjà, et depuis longtemps, souffert de ses deux genoux et de son épaule gauche, et ceci avant son engagement à la boulangerie de G. _____ en 2003. L'expert a également constaté que depuis 2006, l'appelant se plaignait encore et toujours de ses genoux et de son épaule gauche, de même que de douleurs épigastriques et il a ajouté que : « Il [réd : l'appelant] subit des arthroscopies pour ses deux genoux et son épaule, mais je ne trouve, à part dans le rapport du Dr Z. _____ aucune justification médicale pour cet arrêt de travail total commencé le 20 janvier 2010, et qui a perduré à 100% jusqu'à fin janvier 2011. Le Dr E. _____ ne décrit jamais dans ses notes ses constatations permettant d'objectiver les plaintes subjectives du patient. » (rapport d'expertise, p. 14). On relèvera que le rapport d'expertise s'avère fouillé et détaillé sur la question de la justification médicale des attestations d'incapacité du Dr E. _____, puisque l'expert est allé jusqu'à solliciter le dossier médical de A. _____ auprès du Dr E. _____ et qu'il a examiné en détail tous les documents y figurant, y compris les notes manuscrites du médecin traitant. Dans cette mesure, on ne saurait remettre en cause les constatations de l'expert, qui n'a trouvé aucune justification médicale des arrêts de travail consentis par le Dr E. _____. Les éléments qui suivent permettent également d'émettre certains doutes au sujet des attestations établies par le Dr E. _____ : a) la Dresse H. _____ avait fait part de ses doutes à l'expert concernant l'appelant (rapport d'expertise, p. 15), b) à la lecture du rapport du 9 mars 2010 du Dr Z. _____, l'expert avait considéré que « [c'était] la première fois dans tout le dossier que l'on trouv[ait] une description clinique détaillée de l'état du patient » (rapport d'expertise, p. 17), c) G. _____, ancien employeur de l'appelant avec lequel s'était entretenu l'expert, lui avait déclaré que l'appelant avait eu une vive altercation avec son épouse, dispute que l'appelant n'avait pas supporté, que quelques jours plus tard, l'appelant avait envoyé sa lettre de congé et qu'à cette époque, l'appelant suivait normalement son rythme de travail à 100%, de sorte qu'il avait été très étonné d'apprendre par la suite que l'appelant avait été mis à l'arrêt complet de travail en janvier

2010 et enfin que le Dr E._____ avait la réputation d'être généreux avec les arrêt de travail (rapport d'expertise, p. 19), d) l'expert ne trouvait pas d'évolution dans l'état de santé de l'appelant depuis l'an 2000 et aucun fait médical ne justifiait les déclarations de travail faites par le Dr E._____ (rapport d'expertise, p. 33).

Au vu des éléments qui précèdent, force est de constater que l'appréciation des premiers juges est bien fondée et qu'ils ont, avec raison, écarté les attestations médicales établies par le Dr E._____ au profit des avis médicaux contraires du Dr Z._____ et de l'expert X._____. Cette appréciation est d'ailleurs conforme à la jurisprudence de notre Haute Cour qui considère qu'il convient en principe d'attacher plus de poids aux constatations d'un expert qu'à celles du médecin traitant, lequel aurait plus tendance à se prononcer en faveur de son patient.

Il reste à examiner si l'appréciation des premiers juges doit être revue compte tenu du rapport du 21 mars 2011 de la Dresse H._____, lequel n'avait pas été discuté dans le cadre du premier jugement. On précisera que ce médecin n'a rencontré l'appelant qu'à une reprise, le 16 mars 2011, à son cabinet de consultation de Pully. S'il est vrai qu'il ressort du rapport du 23 mars 2011 que la Dresse H._____ a remarqué la présence de problèmes de santé interférant avec la capacité de travail de l'appelant et qu'en conséquence, elle a admis que celui-ci ne pouvait travailler qu'à 50% dans une activité adaptée, ce rapport, très succinct, basé sur une consultation, ne saurait toutefois à lui seul renverser les conclusions solidement étayées de l'expert, qui confirment celles émises précédemment par le Dr Z._____. On relèvera également que lors de sa conversation téléphonique du 21 février 2012 avec l'expert, la Dresse H._____ avait expliqué que, s'agissant de l'incapacité de travail de l'appelant, elle avait suivi le Dr E._____ qui avait constaté une incapacité de travail de 50%, mais qu'elle avait quelques doutes à ce sujet. Ce dernier élément permet également de relativiser la portée du rapport du 21 mars 2011. Dès lors, force est de constater que l'appréciation des premiers juges doit être confirmée et ceci en dépit de cette pièce nouvelle.

Au demeurant, on relèvera que l'appelant ne saurait de bonne foi remettre en cause l'appréciation de l'expert devant l'autorité d'appel, alors qu'il n'a pas contesté ses conclusions, ni sollicité un complément d'expertise ou une nouvelle expertise dans le délai de l'art. 187 al. 4 CPC qui lui avait été imparti en première instance. En effet, dans sa lettre du 19 juin 2012, le conseil de l'appelant s'est contenté de formuler quelques observations à propos des circonstances ayant entouré sa démission et l'arrêt de travail décidé par son médecin, sans poser de nouvelles questions ou solliciter des explications complémentaires de l'expert.

Par surabondance, il sied également de relever que l'appelant a été aperçu à trois reprises à fin juin et début juillet 2010 dans une cabane à glace sur les quais de [...], alors qu'il se disait en incapacité totale de travailler. Comme l'a constaté l'expert en sinistre, P._____, l'appelant pratiquait cette activité seul et en station debout et il n'apparaissait souffrir d'aucune limitation fonctionnelle quelconque. Si l'on ne peut valablement déduire de la présence de l'appelant quelques jours dans ce commerce, le fait qu'il y travaillait régulièrement, force est néanmoins de constater que cet élément ne fait que renforcer les conclusions du Dr Z._____ et de l'expert X._____, selon lesquelles l'intéressé ne souffrait d'aucune incapacité de travail et était donc apte au travail à 100%.

4. a) Dans un second moyen, l'appelant reproche aux premiers juges de n'avoir pas pris en compte les dispositions de la Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1), en particulier son art. 61, et d'avoir rendu une décision sur la base d'une seule analyse médico-théorique, sans lien avec sa situation concrète. L'appelant soutient que l'assureur aurait dû à tout le moins lui impartir un délai pour lui permettre de se réorienter dans une activité compatible avec ses atteintes de santé avant toute décision de suspension des indemnités journalières. Néanmoins, il précise que compte tenu de ses douleurs et de ses

limitations fonctionnelles, il n'existe aucune activité adaptée qu'il pourrait exercer à plein temps.

b) L'art. 61 LCA dispose que 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). De jurisprudence constante, cette disposition est un principe général du droit des assurances, qui s'applique également à l'assurance des personnes et aux assurances de sommes, notamment à l'assurance d'indemnités journalières (ATF 133 III 527 c. 3.2.1 ; ATF 128 III 34 c. 3b ; TF 5C.18/2006 du 18 octobre 2006 c. 7.1 publié in SJ 2007 I 238).

c) En l'espèce, il est vrai que le jugement de première instance reste muet sur la question de l'application de l'art. 61 al. 2 LCA. Toutefois, c'est avec raison que les premiers juges n'ont pas abordé cette question et ont ainsi implicitement écarté ce moyen. En effet, contrairement à ce que soutient l'appelant, cette disposition n'est pas applicable à un cas où, comme en l'espèce, il n'est pas question de "recouvrer une capacité de travail à 100%" en exerçant "une activité adaptée à son état" (cf. TF 4A_304/2012 du 14 novembre 2012 c. 2.4), puisque la capacité de travail de l'appelant a été jugée pleine et entière d'abord par le Dr Z._____, puis par l'expert X._____. Certes, l'expert utilise l'expression d'"activité adaptée" dans son rapport d'expertise (p. 34), mais il se réfère directement aux restrictions énoncées par le Dr Z._____ dans son certificat médical du 9 juin 2010, à savoir : « limiter la marche en terrain accidenté ainsi que la montée/descente des escaliers ». Du reste, l'expert n'exclut pas que cette "activité adaptée" puisse s'exercer au même pourcentage, soit à 100%, l'appelant ayant lui-même évoqué cette possibilité (rapport d'expertise, p. 35). Il s'ensuit que l'art. 61 al. 2 LCA n'est d'aucun secours pour l'appelant, qui a échoué dans la preuve de toute incapacité de travail.

5. En définitive, l'appel doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et le jugement entrepris confirmé.

L'arrêt est rendu sans frais judiciaires (art. 114 let. e CPC).

Le conseil d'office de l'appelant, Me Michel Dupuis, a produit sa liste des opérations, dont il ressort qu'il a consacré 4,9 heures à la procédure d'appel, ce qui paraît justifié au vu de la nature et des difficultés de la cause. L'indemnité d'office sera donc arrêtée à 1'056 fr. 80 TVA comprise ; ce montant comprend le remboursement effectif des débours, par 104 fr. 25 TVA comprise.

Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement de l'indemnité au conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

L'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer, il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,
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.
- IV.** L'indemnité d'office de Me Michel Dupuis, conseil de l'appelant, est arrêtée à 1'056 fr. 80 (mille cinquante-six francs et huitante centimes), TVA et débours compris.

V. L'appelant A._____ est tenu, dans la mesure de l'art. 123 CPC, au remboursement de l'indemnité de son conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

VI. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 7 août 2013

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 Michel Dupuis (pour A._____),
- Me Eric Stauffacher (pour R._____).

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 :

- Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :