

**TRIBUNAL DES ASSURANCES**

---

---

Présidence de M. D I N D, juge

Membres : MM. Graf et Donzel, assesseurs

Greffier : M. Addor, greffier-substitut

**Jugement du 30 novembre 2006**

dans la cause

X, représentée par l'avocat Paul  
Marville, à Lausanne, demanderesse,

contre

**Y ASSURANCES COMPLEMENTAIRES SA**, (ci-après : Y ou  
la caisse), représentée par l'avocat Didier Elsig, audit lieu,  
défenderesse.

---

**Art. 12, 67 LAMal; 33 LCA**

**En fait :**

**A. X**, née en 1946, a été employée de la société J SA jusqu'au 31 décembre 2000. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001, elle exerce une activité de conseiller indépendant et s'est inscrite à une caisse AVS. En 2001 également, l'assurée a été chargée de cours à la Haute Ecole de Gestion à Carouge pour un honoraire de 83 fr. l'heure.

Le 15 février 2001, elle a signé auprès de La Z Assurances (ci-après : l'assureur ou La Z) une proposition d'assurance collective perte de gain, qui a fait l'objet d'une police (assurance collective maladie perte de gain) portant le n° XXX datée du 5 juillet 2001, conclue pour la période du 7 mai 2001 au 31 mai 2002, sans reconduction tacite. Le salaire assuré par année et par personne était de 250'000 francs. Une indemnité journalière était versée pendant 700 jours par cas dès le 31<sup>er</sup> jour.

En janvier 2002, X a déclaré une incapacité de travail due à une maladie dès le 4 décembre 2001. La Z a établi un premier paiement de 19'863 fr. pour 29 jours, correspondant à la période du 4 décembre 2001 au 31 janvier 2002, sous déduction du délai d'attente de trente jours (soit 684 fr. 93 par jour). Le 21 mars suivant, elle a demandé une copie de la déclaration AVS. D'autres versements à hauteur de 19'179 fr., de 21'233 fr. et de 20'548 fr. ont été effectués jusqu'au 21 mai 2002, soit au total 80'823 francs.

Le 15 juillet 2002, La Z a adressé à X une police de libre passage n° YYY, avec effet au 1<sup>er</sup> juin 2002, indiquant qu'elle devait rectifier le salaire assuré, conduisant à une restitution de primes à hauteur de 7'317 fr. 30. Elle précisait que le contrat lui permettait de demander la déclaration AVS et d'adapter, le cas échéant, les prestations et que sur la base des renseignements de la caisse cantonale de compensation, son revenu annuel se montait à 90'000 fr., l'indemnité journalière s'élevant à 246 fr. 57 depuis le début de l'incapacité de travail.

Le 17 juillet 2002, La Z établissait le décompte rectificatif suivant, sur la base d'une indemnité journalière de 246 fr. 57 :

- du 4 décembre 2001 au 2 janvier 2002, 30 jours de délai d'attente;
- du 3 janvier 2002 au 30 juin 2002 : 179 jours, représentant 44'137 fr., sous déduction des prestations servies à hauteur de 80'823 fr., soit un solde en faveur de l'assureur de 36'686 francs.

Le 25 juillet 2002, X a réfuté le point de vue de La Z, par lettre au directeur général de celle-ci.

**B.** Par demande du 8 avril 2003 adressée à la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, X, agissant par l'intermédiaire de l'avocat Paul Marville, a conclu, sous suite de frais et dépens, au versement de la somme de 237'669 fr. 45, avec intérêts à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> août 2002, échéance moyenne. Elle réclame en outre le paiement de 6'000 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès la notification de la demande à titre de frais d'avocat et de 50'000 fr. à titre de tort moral avec intérêts à 5 % l'an dès le 15 juillet 2002. Elle estime en substance que les indemnités journalières perte de gain en cas de maladie doivent être calculées sur la base du revenu assuré figurant dans la police, soit 250'000 fr., et non sur le revenu déclaré à l'AVS, lequel se monte à 90'000 francs.

Par jugement incident du 29 août 2003, la requête incidente en déclinatoire déposée le 7 juillet précédent par La Y, Société d'assurances contre les accidents, contre X, a été admise par la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, de sorte que la cause a été renvoyée en l'état devant la juridiction de céans.

Dans sa réponse du 12 janvier 2004, la défenderesse a conclu au rejet des conclusions de la demanderesse. Elle soutient en substance que la clause litigieuse des conditions particulières de la police n° XXX, par laquelle "La Y se réserve le droit, en cas de maladie de Mme X, née le 07.11.1946, de demander la déclaration AVS et d'adapter le cas échéant ses prestations en fonction (s)" n'est pas insolite. Elle relève en outre que l'attention de la demanderesse a été attirée sur cette disposition par courrier du 10 juillet 2001 mentionnant expressément "des dispositions spéciales (voir page 5) concernant (votre) salaire", ainsi que par les conseils

délivrés par le conseiller en entreprises de la défenderesse, M. Elle explique que dite clause s'inscrit dans la continuité de ce qui est prévu dans les conditions générales d'assurance (assurance collective perte de gain en cas de maladies) dans leur édition de 1997 (ci-après : CGA MC 1997) et que certaines clauses de celles-ci, notamment les articles B4/1, B4/3.1, B4/3.2 et B4/3, se réfèrent, pour ce qui est du calcul des indemnités journalières, au salaire effectif. Elle observe que, tout en comprenant l'intérêt de la demanderesse à réclamer un dédommagement basé sur le revenu qu'elle espérait réaliser (soit 250'000 fr.) alors que son revenu effectif ne se monte qu'à 90'000 fr., une telle différence n'est pas admissible.

Par réplique du 1<sup>er</sup> février 2005, la demanderesse confirme ses conclusions antérieures. Elle fait état de taux de capacité de travail variables dès le 1<sup>er</sup> décembre 2003.

Dans sa duplique du 1<sup>er</sup> mars 2005, la défenderesse réitère ses conclusions tendant au rejet de la demande.

C. L'assurance collective en cas de maladie (police n° XXX du 5 juillet 2001) ainsi que les conditions d'assurance (CGA MC 1997) y applicables ont été produites.

Le dossier de la Caisse cantonale genevoise de compensation (CCGE) a également été versé à la procédure en copie. Y figurent notamment le questionnaire d'affiliation rempli par X le 13 février 2001 ainsi que les déclarations fiscales 2001-B à 2004. Les parties se sont déterminées à

Par écriture du 16 janvier 2006, la défenderesse rappelle que X a été affiliée en qualité d'indépendante, sans personnel rémunéré, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2001 pour un revenu net annuel estimé à 120'000 fr. selon questionnaire du 13 février 2001, alors que son revenu effectif, en 2001, s'est monté à 59'168 francs. Elle indique en outre que la demanderesse a perçu la somme de 80'823 fr. à titre d'indemnités journalières au cours de l'année 2002. Elle relève que ces éléments infirment le salaire annuel de 250'000 fr. que

X souhaitait assurer à partir de l'année 2001 et corroborent celui retenu par l'assureur, soit 90'000 fr., lequel correspond au demeurant à la valeur médiane entre le montant figurant sur le questionnaire d'affiliation (120'000 fr.) et celui figurant sur la déclaration fiscale 2001-B (59'168 fr.).

Quant à la demanderesse, elle a fait savoir, par écriture du 27 janvier 2006, qu'il n'a jamais été contesté qu'elle avait été affiliée dès le 1<sup>er</sup> janvier 2001 en qualité d'indépendante et qu'elle n'avait jamais soutenu avoir du personnel à son service. Elle admet avoir perçu la somme de 80'823 fr. à titre d'indemnités journalières en 2002. Or, cette somme correspond à quelque quatre mois d'indemnisation, ce qui, reporté à l'année, correspond à peu de choses près à la somme assurée de 250'000 francs.

**D. 1)** Au cours de l'instruction, la demanderesse a sollicité l'audition de quatre témoins médecins, savoir le Dr S, le Dr R ainsi que les Dresses P et V. Elle a, dans ce but, rédigé un questionnaire en vue de déterminer les affections dont elle a souffert ainsi que les incapacités de travail qui en découlent. Elle leur a également demandé de confirmer qu'elle s'était soumise, à la demande de la compagnie d'assurances, à un examen médical en date du 28 mars 2001 auprès de son médecin traitant et quel a été l'impact des interventions, des exigences ainsi que des refus de l'assureur sur son état de santé.

De manière générale, il résulte des indications fournies par les dits médecins que X a souffert d'une maladie coronarienne, diagnostiquée en décembre 2001, ainsi que d'un état dépressif, lequel a d'abord constitué une réaction au diagnostic d'angine de poitrine puis s'est ensuite prolongé du fait de l'attitude de l'assureur. A cet égard, les praticiens s'accordent à reconnaître que l'attitude de ce dernier a contribué à la péjoration de la symptomatologie dépressive de la demanderesse.

Pour ce qui est des taux d'incapacité de travail, le Dr R, cardiologue à la Clinique de Genolier, écrit, le 16 novembre 2005, que l'arrêt de travail cessait pour lui au **31** janvier 2002, X étant dès cette date suivie par la Dresse P, psychiatre. Celle-ci, par pli du 25

novembre 2005, indique que l'arrêt de travail s'est poursuivi à sa demande après la fin du mois de janvier 2002, que cet état qui s'était d'abord amélioré, s'est péjoré, et a nécessité une première hospitalisation au mois de novembre 2002 et une deuxième en 2003. Selon la lettre du 15 novembre 2005 du Département de psychiatrie des Hôpitaux Universitaires de Genève, l'incapacité de travail a été entière du 21 janvier 2003 au 28 mars 2003.

2) Interpellée par le Juge instructeur, la Dresse P, a précisé, par lettre du 28 juin 2006, les taux d'incapacité de travail de X à partir du 31 janvier 2002 :

- de décembre 2001 à février 2002: 100 % (Dr R),
- de mars 2002 à novembre 2002: 100 % (Dresse P)
- de novembre 2002 à mars 2003: 100 % (Centre de Thérapie Brève),
- d'avril à août 2003: 100 % (Dresse P).

Dès le mois de septembre 2003, X a été en incapacité de travail à des taux variables.

Chacune des parties a été invitée à se déterminer sur les indications fournies par les médecins consultés. Elles ont toutes deux déclaré qu'elles n'avaient pas d'observations à apporter.

**E** Une audience d'instruction et de jugement a été tenue le 8 juin 2006 au cours de laquelle les parties et divers témoins ont été entendus. Des dires de ces derniers, il ressort en substance ce qui suit :

L'employé d'assurances T confirme que X a créé une nouvelle société et que le salaire qui devait être assuré dès le mois de janvier 2001 était de 250'000 fr., la déclaration AVS étant demandée à un indépendant pour la conclusion d'une assurance perte de gain, dès lors que le salaire déclaré à l'AVS doit correspondre au salaire assuré.

**Sz**, cadre actuellement au chômage, indique que le refus de l'assurance a choqué X et qu'elle a de ce fait été gravement atteinte dans sa santé.

L'avocat **B** explique qu'il a été le conseiller de X dans le cadre de la mise en oeuvre de l'ombudsman des assureurs privés. Sa mandante avait été très affectée par les difficultés rencontrées en ce sens qu'elle s'est retrouvée sans couverture d'assurance du jour au lendemain, ce qui l'a plongée dans une réaction de totale incompréhension.

Le comptable **Ba** expose qu'il a conseillé à X, sans vraiment discuter de la somme à assurer, d'assurer les charges fixes et le salaire net qu'elle pensait pouvoir gagner car un indépendant doit pouvoir continuer de payer des charges fixes alors même qu'il est malade. Il sait en outre que la demanderesse a eu des problèmes de santé.

Interpellé à son tour, le conseiller en assurances **M** indique qu'il a fait la connaissance de X au début de l'année 2001 au moment où celle-ci, sur le point de débiter de nouvelles activités, a demandé une police perte de gain maladie et accidents. Il déclare avoir fait une offre pour une assurance perte de gain collective destinée à une personne de condition indépendante, même si le témoin dit ne plus se rappeler si l'intéressée voulait prendre du personnel ou non. Il précise qu'il existait à ce moment-là, à la Z, ce qu'il était convenu d'appeler le salaire "conventionné", c'est-à-dire qu'à titre exceptionnel (cela était laissé au bon vouloir de la direction), étaient assurés le salaire AVS ainsi que les charges fixes inhérentes à l'exploitation. En cas de sinistres, des justificatifs étaient toujours demandés. Il confirme qu'une assurance perte de gain collective au bénéfice d'une seule personne était chose possible. Il en va de même si le preneur d'assurance a un salaire de 100'000 fr. mais qu'il souhaite assurer 200'000 fr., lesquels devaient toutefois pouvoir être justifiés. De telles particularités étaient de toute façon soumises à la direction. Il déclare enfin avoir connu l'état de santé de X et avoir été choqué par l'attitude de l'inspecteur des sinistres, alors même que cette dernière était malade.

Le comptable, **Th**, alors réviseur de la société J SA, déclare qu'en 2000 le salaire de X, directrice de la société J SA jusqu'au 31 décembre 2000, a été d'environ 200'000 francs.

Les deux parties ont chacune intégralement confirmé leurs conclusions.

Les témoins T et M ont confirmé leurs déclarations au cours de l'audience du 30 novembre 2006. Quant aux parties, elles ont maintenu leurs conclusions.

**F.** Le transfert du portefeuille suisse d'assurances LAA et d'indemnités journalières de La Z a eu lieu au 1<sup>er</sup> janvier 2005 au profit de Y Assurances Complémentaires SA, laquelle est désormais substituée de plein droit à La Z dans le cadre du présent litige.

### **En droit :**

**1 a)** Dans un arrêt S. P. contre "La S" Assurances, du 24 juin 1998 (JdT 1999 III 106), la Chambre des recours du Tribunal cantonal a statué que doit être considérée comme une assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale au sens de l'article 12 alinéa 2, 1<sup>ère</sup> phrase, de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (ci-après : LAMal) toute assurance d'indemnités journalières en cas d'incapacité de travail due à une maladie, qu'elle complète ou non l'assurance facultative d'indemnités journalières au sens des articles 67 et suivants LAMal, dans la mesure où elle couvre un risque identique et garantit des prestations de même nature que celle-ci; il importe peu qu'elle soit pratiquée par une compagnie d'assurances privée ou par une caisse-maladie au sens de l'article 12 alinéa 1<sup>er</sup> LAMal (JdT 1999 III 106, consid. 4 et 5, confirmé par Ch. rec., arrêt S. c. B., du 2 février 2000, n. 31/2000; cf. aussi Fonjallaz, Compétence et procédure en matière de contentieux des assurances complémentaires à l'assurance-maladie, in JdT 2000 III 79 ss, et les références citées; Ritter, Le contentieux de l'assurance-

maladie privée en cas de perte de gain : Droit fédéral et compétences cantonales, dans : Colloques et journées d'étude 1999-2001, éditions IRAL, Lausanne 2002, pp. 757 ss, spéc. 763 ss).

Un recours en réforme interjeté par "La Z" Assurances contre cet arrêt devant le Tribunal fédéral (ci-après : TF) a été déclaré irrecevable par arrêt du 7 avril 1999 de la I<sup>le</sup> Cour civile (réf. 5C.26/1999).

b) Le présent litige relève du Tribunal des assurances selon le décret du Grand Conseil du 20 mai 1996 (RSV 2.2 D; JdT 1999 III 106, consid. 4 et 5). La valeur litigieuse est supérieure à 8'000 francs.

c) Abstraction faite du régime transitoire de l'article 102 alinéa 2 LAMal, qui n'est pas en cause ici, les assurances complémentaires sont soumises, en vertu de l'article 12 alinéa 3 LAMal, au droit privé, soit à la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (ci-après : LCA).

S'agissant désormais d'un contentieux de droit privé, et non plus de droit administratif, la procédure applicable n'est plus celle du recours, mais celle de l'action (art. 85 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance [LSA]; ATF 124 III 44, JdT 1998 I 377; ATF 123 V 324, consid. 3a, RAMA 1998 KV 22 p. 49; Spira, Le nouveau régime de l'assurance-maladie complémentaire, in Revue suisse d'assurances [RSA] 1995, pp. 192 ss, spéc. ch. 5, p. 198).

d) D'après Viret (Droit des assurances privées, 2<sup>ème</sup> édition, Zurich 1985, p. 154), l'assurance collective des personnes est une assurance sur la tête de tiers. Le preneur est distinct des assurés; logiquement, en cas de sinistre, le droit de faire valoir une prétention contre l'assureur lui appartient.

Or, l'article 87 LCA modifie cette situation en disposant que, dans l'assurance collective contre les accidents ou la maladie, le bénéficiaire a un droit propre contre l'assureur, dès qu'un accident ou une maladie est survenu.

La qualité pour agir de X doit donc être admise sur cette base.

**e)** La demande est, partant, recevable (cf. TAss VD, M. D. C. S. c. W, jugement du 28 novembre 2003, AMC 16/01 - 11/2004, consid. 1), abstraction faite du jugement incident rendu le 29 août 2003 par la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

2. En l'espèce, le litige porte sur le montant du salaire assuré en maladie perte de gain collective par X, à compter du 7 mai 2001, ce montant étant celui sur lequel se fonde le calcul des indemnités journalières réclamées.

Cela étant, il convient d'examiner à titre préalable si la police d'assurance en cause est une assurance de somme ou une assurance de dommage.

3. **a)** La demanderesse plaide que la clause des conditions particulières figurant en page 5 de la police n° XXX du 5 juillet 2001 portant que "La Z se réserve le droit, en cas de maladie de Mme X, née le 07. 11. 1946, de demander la déclaration AVS et d'adapter le cas échéant ses prestations en fonctions" n'a pas le sens littéral, ni le but de déterminer après coup, soit après avoir encaissé des primes à tarif plein, une réduction des prestations. De plus, cette clause, ambiguë, aurait un caractère insolite. Enfin, la caisse ne saurait revenir unilatéralement sur des prestations relevant d'une assurance de somme.

De son côté, la caisse soutient que la clause litigieuse, qui fait partie de la police d'assurance collective en cas de maladie du 5 juillet 2001, contresignée le 31 du même mois par X, n'est pas insolite puisqu'elle est conforme à ce qui est prévu à l'article B4 des CGA MC 97, disposition qui se réfère de manière explicite au salaire effectif, lequel est seul déterminant. Il s'agit dès lors d'une assurance collective, ayant les traits d'une assurance de dommage.

b) Dans l'assurance de somme (ou de personne), la prestation de l'assurance n'est pas liée à un dommage économique (cf. Kuhn/Montavon, Droit des assurances privées, Lausanne 1994, pp. 85-86). En matière d'indemnités journalières, la doctrine considère que seule l'assurance servant une indemnité journalière fixe est une assurance de personne. En revanche, lorsque l'indemnité est proportionnelle à l'incapacité de gain, l'assurance est dite de patrimoine et constitue une assurance contre les dommages (Kuhn/Montavon, op. cit., p. 83).

c) L'article B4, chiffre 1, dit que "les indemnités journalières exprimées en % des salaires sont calculées selon les règles correspondantes de la LAA (...)". L'article B4, chiffre 3, des CGA MC 97 dispose que "contrairement aux règles de la LAA, seul le gain effectivement versé par le preneur est déterminant pour le calcul des indemnités journalières" et que "pour les gains soumis à des fortes fluctuations (...), l'indemnité journalière est déterminée sur la base du salaire perçu pendant les 12 mois précédant l'incapacité de travail ou en cas de rapports de travail inférieurs à 12 mois, sur le salaire moyen perçu pendant cette période". L'article B4, chiffre 3, in fine, des CGA MC 97 prévoit que "l'indemnité journalière ne peut en aucun cas dépasser le montant effectivement perdu".

En d'autres termes, les indemnités journalières sont versées en fonction du salaire effectivement perçu et non du salaire annoncé dans la proposition, si celui-ci était différent du salaire effectif.

Pour ces motifs, il y a lieu d'admettre que l'on se trouve in casu en présence d'une assurance de dommage et non pas de somme.

Cela étant, la demanderesse réclame une somme de 237'669 fr. 45 avec intérêts, représentant les indemnités journalières dues au 8 avril 2003. Les parties divergent sur le montant du salaire à prendre en considération. Deux polices d'assurance s'étant succédées, la première pour la période du 7 mai 2001 au 31 mai 2002, et la seconde dès cette date, il y a lieu de distinguer le régime prévu concernant le gain assuré déterminant le montant des indemnités journalières réclamées.

**Période du 7 mai 2001 au 31 mai 2002**

4. **a)** Les parties admettent qu'est applicable le contrat (police) d'assurance du 5 juillet 2001, contresigné par la demanderesse le **31** juillet suivant, portant le numéro XXX Il est précisé que les CGA MC 97 sont annexées et que la personne assurée est dame X, demanderesse, également preneur d'assurance.

D'après le contrat (p. 3), l'indemnité journalière d'incapacité de travail est de 100 % du salaire, payable dès le 31ème jour, pendant 700 jours par cas. Le salaire assuré par année et par personne est de 250'000 francs. D'après les conditions particulières, intégrées au contrat, La Z se réserve le droit, en cas de maladie de l'intéressée, de demander la déclaration AVS et d'adapter le cas échéant ses prestations en fonctions (sic).

**b)** Dans la pratique, les conditions d'assurance forment le contenu ordinaire et typique du contrat d'assurance; elles se subdivisent en conditions générales (art. 3 al. 1<sup>er</sup> LCA) et en conditions particulières, lesquelles font partie intégrante du contrat (Viret, Assurances-maladie complémentaires et loi sur le contrat d'assurance, dans : Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, éd. IRAL, Lausanne 1997, pp. 669 ss, spéc. p. 673). L'assureur peut les modifier en préservant les droits de l'assuré selon l'article 35 LCA, étant en outre précisé que la LCA comporte des dispositions impératives (art. 97) et des dispositions qui ne peuvent être modifiées au détriment du preneur d'assurance ou de l'ayant droit (art. 98).

Pour en déterminer le sens exact, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties selon la règle générale précitée (art. 18 du code des obligations, (ci-après : CO)).

Or, l'article 33 LCA est plus directif à cet égard puisqu'il prévoit que, sauf disposition contraire de la présente loi, 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 et non équivoque.

Par ailleurs, le TF a confirmé qu'il n'y avait pas lieu de retenir une clause insolite, en tout cas lorsque l'attention de l'assuré n'a pas été attirée sur cette clause (ATF 119 II 443). Une clause insolite est en principe une clause qui se trouve dans des conditions générales et qui déroge sans raison au droit ordinairement applicable (Tercier, Le droit des obligations, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2004, n. 799 ss., pp. 163-164).

Il résulte du dossier que l'attention de la demanderesse a été attirée, par lettre de la caisse du 10 juillet 2001, sur des dispositions spéciales en matière de salaire. Elle a néanmoins contre-signé la police le 31 juillet 2001, indiquant par là qu'elle acceptait dites dispositions ou, tout au moins, qu'elle en avait pris connaissance. L'assurance en question est une assurance perte de gain d'indemnités journalières et, partant, une assurance contre les dommages; conformément aux conditions particulières déjà citées, les prestations ne sont allouées que jusqu'à concurrence du montant effectivement perdu. La clause par laquelle la caisse se réserve d'adapter ses prestations en fonction des indications provenant de la déclaration AVS ne saurait dès lors faire apparaître dite clause comme étant insolite.

Partant, il y a dès lors lieu d'en confirmer la validité.

**c)** En l'occurrence, la demanderesse allègue un revenu de 203'011 fr. 26 pour une année (allégués nos 96 à 103 de la demande), qui justifierait une indemnisation à hauteur **du** montant articulé en procédure (allégué 103 de la demande). Ce revenu se compose de :

- un chiffre d'affaires sur 10 mois de 167'654 fr. 39 converti sur 12 mois, soit 201'185 fr. 26 (cf. pièce n° 45 du bordereau de la demanderesse);
- un salaire pour une activité dépendante de 1'826 fr. (pièces nos 46 et 47 du bordereau de la demanderesse).

Si le témoin Ba a confirmé que le chiffre d'affaires avait bien été réalisé sur une période d'environ 10 mois, reste la question de savoir si le chiffre d'affaires réalisé est déterminant pour le calcul de l'indemnité journalière. En d'autres termes, il s'agit d'examiner si l'indemnité journalière se calcule sur

la base du bénéfice net de l'exercice, lequel constituerait un salaire, ou si c'est bien plutôt le chiffre d'affaires qui doit être considéré comme tel.

Il ressort du dossier (pièce n° 45 du bordereau de la demanderesse) que le montant allégué ci-dessus (soit 167'654 fr. 39) représente bien le chiffre d'affaires, dont sont déduites les charges pour aboutir à un bénéfice de l'exercice 2001 (12 mois) de 59'168 fr. (arrondi), soit 90'000 fr. pour une année.

La législation en matière d'AVS définit le revenu provenant d'une activité lucrative. S'agissant d'une activité indépendante, il découle de l'article 9 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) que le revenu provenant d'une activité indépendante s'obtient en déduisant du revenu brut notamment les frais généraux liés à l'acquisition du revenu brut ainsi que les amortissements et les pertes commerciales (al. 2, litt. a à c).

Le montant de 203'011 fr. 26 (respectivement 167'654 fr. 39) n'apparaît dès lors pas comme un salaire ou un revenu au sens des dispositions contractuelles, lesquelles parlent de salaire, sans toutefois définir cette notion. Il s'agit bien plutôt d'un montant regroupant à la fois le chiffre d'affaires de la société ainsi qu'un salaire réalisé au titre de l'exercice d'une activité dépendante.

Or, plusieurs des clauses précitées de la police n° XXX se réfèrent de manière explicite au salaire effectivement perdu.

A lumière de ce qui précède, force est de constater que le point de vue de la demanderesse ne saurait être suivi et qu'il y a en conséquence lieu d'admettre que les indemnités journalières pour la période considérée doivent être calculées sur la base du revenu effectivement perçu, en l'occurrence 59'168 fr., soit 90'000 fr. pour une année.

La caisse ayant modifié la police avec effet au 1<sup>er</sup> juin 2002, il convient de déterminer le régime applicable pour cette période.

***Période à partir du 1er juin 2002***

5. a) La demanderesse considère que la police n° YYY ne constitue pas un document contractuel, dès l'instant qu'il n'a pas été accepté par elle-même (allégué n° 76).

Pour sa part, la défenderesse, s'appuyant sur l'article A9, chiffre 2, des CGA MC 97, selon lequel, en cas de libre passage, les prestations ne peuvent dépasser celles de l'assurance collective, considère que la nouvelle police relève de l'assurance maladie individuelle (allégué n° 123 de la réponse).

Or, il résulte en substance de l'article A9, chiffre 1, des CGA MC 97 que le droit de passage est exercé sur l'initiative de l'assuré, et non de l'assureur. En l'espèce, c'est la défenderesse qui a adressé à l'assurée (et preneur d'assurance) le contrat de libre passage, ou plutôt d'assurance individuelle (courrier de La Z du 15 juillet 2002).

X a toutefois expressément contesté la manière de faire de la caisse par lettre du 25 juillet 2002 suivant l'envoi de la police le 17 juillet précédent (allégué n° 86 de la demande).

La question qui se pose est dès lors celle de savoir si le premier contrat est resté en vigueur.

b) Dès lors que celui-ci a été conclu pour une durée déterminée, soit jusqu'au 31 mai 2002, sans reconduction tacite, il n'y a pas lieu d'admettre qu'il est resté en vigueur au-delà de cette date. Bien plutôt, sur la base d'éléments de fait nouveaux dont elle a eu connaissance en vertu des clauses figurant dans les conditions particulières, la défenderesse a adressé une nouvelle police prenant en considération le revenu effectivement réalisé au cours de l'année 2001.

Par ailleurs, la demanderesse ne prétend pas que le premier contrat serait resté en vigueur. Elle se limite à indiquer que la lettre du 15 juillet 2002 n'est pas un document contractuel.

Dite lettre a cependant été expédiée avec la nouvelle police ainsi que les conditions générales y relatives. Il était de plus expressément spécifié en page 5 des conditions particulières de la police que "si la teneur de la police ou des avenants ne concorde pas avec les conventions intervenues, le preneur d'assurance doit en demander la rectification dans les quatre semaines à partir de la réception de l'acte, faute de quoi la teneur en est considérée comme acceptée (art. 12 LCA)".

X ayant fait savoir, par lettre du 25 juillet 2002, son désaccord quant à la nouvelle manière de calculer ses indemnités journalières, le nouveau contrat ne saurait être entré en vigueur, faute d'avoir été accepté.

A ce stade, se pose ainsi la question de savoir si l'affiliation auprès d'une assurance collective est une condition nécessaire pour ouvrir le droit aux prestations en indemnités journalières, lorsque aucune nouvelle police n'a été conclue après l'échéance de la précédente.

**6.** A cet égard, il découle de la jurisprudence, que dans une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA, le droit aux prestations ne dépend pas d'une affiliation, contrairement à l'assurance collective d'indemnités journalières selon les articles 67 ss LAMal. Partant, en l'absence de clauses conventionnelles limitant ou supprimant le droit aux prestations au-delà de la période de couverture, l'assuré qui, après un événement ouvrant le droit aux prestations, sort d'une assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés définis par le contrat, peut faire valoir son droit aux prestations également pour les suites de l'événement qui se produisent après l'extinction du rapport d'assurance (ATF 127 III 106, consid. 3).

Force est de constater qu'il n'y a pas, en l'espèce, de clauses contractuelles limitant le droit aux prestations au-delà de la, période de couverture, de sorte qu'il y a lieu d'admettre que la police initiale produit ses effets au-delà du 31 mai 2002, le gain assuré s'élevant à 90'000 fr., conformément aux motifs développés plus haut (cf. supra, considérant **4**),

Le gain assuré fondant le calcul des indemnités journalières ayant été établi, reste à examiner la période pendant laquelle la demanderesse peut prétendre le versement de dites indemnités.

7. **a)** X a droit, en vertu du contrat d'assurance collective, à une indemnisation pendant 700 jours. La demanderesse fait valoir qu'elle a été en incapacité totale jusqu'à fin mars 2003 (allégué n° 61 de la demande), puis à des taux variables (allégué n° 128 de la réplique). Cela étant, la défenderesse admet devoir 179 jours à 246 fr. 57 (soit 90'000 / 365), soit 44'137 fr. jusqu'au 30 juin 2002.

Pour trancher la question de l'indemnisation à laquelle la demanderesse a droit, il convient d'abord de déterminer la période au cours de laquelle l'intéressée a été en incapacité totale de travail.

Si le contrat prévoit que pour les périodes d'incapacité partielle, la caisse verse l'indemnité proportionnellement au degré d'incapacité (art. B1 des CGA MC 97), force est de constater que le taux de l'incapacité de travail de X n'est pas contesté par l'intimée.

b) En l'espèce, la période d'indemnisation de 700 jours débute le 4 décembre 2001, dès lors que l'incapacité de travail de la demanderesse est attestée dès cette date. Or, la police prévoit un délai d'attente de 30 jours, de sorte que le premier jour indemnifié, soit le 31<sup>ème</sup>, est le 3 janvier 2002.

Il convient encore de déterminer le nombre de jours durant lesquels l'indemnité entière est versée.

Il ressort de la lettre de la Dresse P du 28 juin 2006 que X a été en incapacité totale de travail du 4 décembre 2001 au 31 août 2003. En tenant compte du délai d'attente de 30 jours, la période s'étendant du 3 janvier 2002 au 31 août 2003 inclus représente 606 jours.

Par ailleurs, il découle dudit courrier de la Dresse P que X a été en incapacité de travail du 1<sup>er</sup> septembre 2003 au 31 décembre 2003 à 80 pour-cent.

Il reste donc 94 jours (700 — 606) pendant lesquels l'indemnité à servir sera réduite proportionnellement conformément à l'article B1 des CGA MC 97 précité, soit une indemnité journalière de 80 %, ce qui représente un montant de 197 fr. 28 (246 fr. 60 x 80 %).

Le calcul du montant de l'indemnité journalière se détermine dès lors comme suit :

<b>Période d'incapacité :</b>	<b>Taux :</b>	<b>Nombre de jours :</b>	<b>Indemnité journalière :</b>	<b>Total :</b>
Du 4 décembre 2001 au 2 janvier 2002 (délai d'attente)	100 %	30	246 fr. 60	0 fr. 00
Du 3 janvier 2002 au 31 août 2003	100 %	606	246 fr. 60	149'439 fr. 60
Du 1 <sup>er</sup> septembre 2003 au 3 décembre 2003	80 %	94	197 fr. 28	18'544 fr. 30
<b>Total :</b>		700 (sans le délai d'attente)		167'983 fr. 90

Du total doit être déduit le montant déjà versé par l'assureur, soit 80'823 fr., ce qui porte le solde des indemnités journalières restant à verser à l'intéressée à 87'160 fr. 90.

Celle-ci a en conséquence droit à un montant de 87'160 fr. 90 au titre des indemnités journalières en cas de maladie pour la période du 3 janvier 2002 au 3 décembre 2003, selon la police n° XXX.

**8** La demanderesse conclut au versement d'intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> août 2002, échéance moyenne.

En l'espèce, compte tenu de l'incapacité de travail, attestée par certificat médical dès le 4 décembre 2001 et du délai d'attente de 30 jours, lequel court dès cette date, ainsi que de la date de la demande en justice, le 8 avril 2003, la demanderesse a fixé au 1<sup>er</sup> août 2002 l'échéance moyenne du dies a quo des intérêts moratoires.

Dès lors que la défenderesse ne conteste pas formellement l'incapacité de travail de l'assurée, il y a lieu de confirmer la date du 1<sup>er</sup> août 2002 pour le dies a quo des intérêts moratoires, lesquels courent dès cette date au taux annuel de 5 % l'an (art. 104 al. 1 CO), quand bien même, avant l'ouverture d'action, le 8 avril 2003, la demanderesse n'avait pas manifesté, à l'égard de la défenderesse, sa volonté expresse d'obtenir le paiement de l'entier des indemnités journalières qu'elle réclame, ce en dépit du courrier du 25 juillet 2002, adressé au directeur de La Z.

9. La demanderesse réclame en outre 50'000 fr. à titre de réparation pour le tort moral subi.

a) S'appuyant sur les avis des médecins l'ayant examinée, X expose que les circonstances du litige l'opposant à la défenderesse l'ont conduit à une péjoration de son état de santé psychique. Ces moments de péjoration se sont essentiellement manifestés par une aggravation des troubles anxieux avec idéations suicidaires et ont été accompagnés par un risque accru de passage à l'acte auto-agressif (allégué n° 93 de la demande).

La réparation morale d'une atteinte à la personnalité suppose notamment que l'atteinte puisse être considérée comme grave à la fois objectivement et subjectivement (Franz Werro, La responsabilité civile, Berne 2005, p. 40, n° 153).

b) En l'espèce, la gravité de l'atteinte ressentie par la demanderesse est due au fait que la défenderesse n'a pas retenu le gain assuré de 250'000 fr. pour le calcul des indemnités journalières réclamées, dont elle ne conteste au demeurant pas le principe du versement, mais un montant de 90'000 fr. correspondant au revenu effectivement réalisé.

D'un point de vue objectif, les explications fournies par la caisse, notamment dans son courrier du 17 juillet 2002, ne permettent pas d'admettre une atteinte grave à la personnalité de l'assurée. En outre, les clauses topiques mentionnaient expressément la possibilité pour l'assureur de se fonder sur le salaire effectivement perçu pour le calcul des indemnités journalières. X savait donc que le calcul des indemnités journalières pouvait dépendre du gain réellement obtenu. Dans ces conditions, force est de constater que la demanderesse n'a subi aucune atteinte, à plus forte raison susceptible d'être qualifiée de grave.

Les conclusions de la demanderesse tendant au versement d'une somme de 50'000 fr. au titre de la réparation pour l'existence d'un tort moral doivent donc être rejetées.

10. Au vu de ce qui précède, la demande formée par X est partiellement admise en ce sens que la défenderesse est condamnée au versement d'indemnités journalières en cas de maladie à hauteur de 167'983 fr. 90, sous déduction du montant de 80'823 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> août 2002, valeur moyenne.

11. **a)** L'article 26 bis de la loi cantonale vaudoise sur le tribunal des assurances (LTAs) prévoit que des dépens peuvent être alloués au recourant qui obtient gain de cause. Ils sont supportés par la partie adverse et sont arrêtés globalement dans le jugement, la partie ayant la faculté de produire un relevé de ses opérations. La quotité des dépens doit être fixée en tenant compte du travail et de la perte de temps occasionnés par le procès.

**b)** En l'espèce, l'avocat Paul Marville a produit une note d'honoraires intermédiaire datée du 8 juillet 2003 de laquelle il ressort que le solde en sa faveur se monte à 2'474 fr. 80, dont 174 fr. 80 de TVA résiduelle.

Dans la présente cause, la demanderesse, qui obtient partiellement gain de cause, a bénéficié des services d'un avocat inscrit au barreau, soit d'un mandataire dûment qualifié, de sorte qu'elle a droit à des dépens.

Au vu de l'ampleur de la procédure et de la note d'honoraires intermédiaire produite, il convient de fixer équitablement à 2'500 francs le montant des dépens à allouer à X, soit à son mandataire, l'avocat Paul Marville.

**Par ces motifs,  
le Tribunal des assurances  
prononce :**

I. La demande dirigée contre la défenderesse Y Assurances Complémentaires SA est partiellement admise.

II. La défenderesse doit à la demanderesse la somme de 87'160 fr. 90 (huitante-sept mille cent soixante francs et nonante centimes), avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> août 2002.

III. Y Assurances Complémentaires SA versera à Y, soit à son conseil, la somme de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens.

IV. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

Le président :



Du

18 JUIN 2007

Le greffier :



Le présent jugement, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est communiqué aux parties par lettre signature avec accusé de réception.

Si, d'après leurs conclusions, les droits contestés en première instance n'atteignent pas une valeur de 8'000 fr., les parties peuvent recourir au Tribunal

cantonal dans un délai de dix tours dès la notification du présent jugement, en déposant, au greffe du Tribunal cantonal des assurances, Route du Signal 8, 1014 Lausanne, un acte de recours en deux exemplaires désignant le jugement attaqué et contenant leurs conclusions en réforme, éventuellement en nullité ou, à défaut, en indiquant sur quels points le jugement est attaqué et quelle est la modification demandée.

Si, d'après leurs conclusions, les droits contestés en instance cantonale atteignent une valeur d'au moins 8'000 fr., il est loisible aux parties d'interjeter un recours en réforme au Tribunal fédéral, dans un délai de 30 jours dès la réception de la communication écrite de la décision. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au greffe du Tribunal cantonal des assurances, Route du Signal 8, 1014 Lausanne. Outre la désignation de la décision attaquée et de la partie intimée, l'acte de recours doit contenir :

- a. Dans les contestations de nature pécuniaire lorsque le montant de la réclamation n'est pas déterminé, la mention que la valeur exigée est atteinte, ainsi que, éventuellement, les motifs pour lesquels le recourant conteste une constatation contraire de la juridiction inférieure;
- b. L'indication exacte des points attaqués de la décision et des modifications demandées. Le simple renvoi aux conclusions formulées dans la procédure cantonale ne suffit pas. Il ne peut être présenté de conclusions nouvelles;
- c. Les motifs à l'appui des conclusions. Ils doivent indiquer succinctement quelles sont les règles de droit fédéral violées par la décision attaquée et en quoi consiste cette violation. Il ne peut être présenté de griefs contre les constatations de fait, ni de faits, exceptions, dénégations et preuves nouveaux, ni d'observations sur la violation du droit cantonal;
- d. Lorsque la constatation d'un fait que la juridiction cantonale doit apprécier d'après le droit fédéral est attaquée pour le motif qu'elle repose manifestement sur une inadvertance, l'indication exacte de cette constatation et la pièce du dossier qui la contredit;

e. Le cas échéant, la demande d'assistance judiciaire (art. 152 OJF).

(art. 43 ss OJF, spéc. art. 46, 54 et 55).

Le jugement est également communiqué à l'Office fédéral des assurances privées (art. 49 al. 2 LSA).

Le greffier :

PHOTOCOPIE CERTIFIÉE  
C O N F O R M E



Le ether:

*Bonifazi*

*[Handwritten signature]*