

Tribunal cantonal du canton de Fribourg, 10 septembre 1999,
U. c. La Genevoise Cie d'Assurances sur la Vie, Genève

Faits: Né le 8 août, 1959, B. U. a été assuré auprès de la Compagnie Zurich Assurances en vertu d'une police de libre passage no ... établie le 7 mars 1995, et valable dès le 1er novembre 1993 (pce produite par U. le 2.10.97); cette police, a remplacé le contrat collectif indemnités journalières maladie no ... conclu par la société F. F. A. E. SA, à G., chez qui U. avait travaillé. La feuille des prestations (FP no ...; pce produite par U. le 2.10.97), qui fait partie intégrante de la police no ..., prévoit, en cas d'incapacité de gagner, une indemnité journalière de 96 francs par cas de maladie, au maximum pour 706 jours, avec un délai d'attente de 14 jours. Sont applicables les conditions générales d'assurance (CGA), édition 1/1993, et les conditions complémentaires no 2. 1, édition 1/1993 (pces produites par U. le 2.10.97).

B. U. a subi un accident de travail en 1994. Par la suite, il a été en incapacité de travail du 1er janvier au 1er juin 1995 et a touché de la Zurich 138 indemnités journalières. Son médecin lui ayant conseillé de tenter de reprendre un travail léger, B. U. s'est engagé auprès de la maison de travail temporaire Manpower SA le 19 mai 1995, qui l'a placé auprès de la société Fa. SA, fabrique de stores, à T. U. a ainsi travaillé en qualité d'ouvrier auprès de cette société du 22 mai 1995 au 14 septembre 1995. Il a été à nouveau incapable de travailler à dater du 15 septembre 1995.

Manpower SA a conclu pour son personnel une assurance perte de gain en cas de maladie avec la compagnie d'assurances sur la vie La Genevoise; la police no ... prévoit le paiement d'une indemnité journalière correspondant à 80% du salaire pour 120 jours (maladies normales) ou 4 semaines (maladies préexistantes) si la période de travail avant la maladie a duré de 3 à 6 mois, la durée de ces prestations s'entendant dans une période de 360 jours et le délai d'attente étant de deux jours. Sont applicables les conditions générales pour l'assurance-maladie collective, édition 1985.

La Zurich et La Genevoise sont parties à la convention sur le libre passage entre sociétés d'assurances faisant partie de l'Association suisse des assureurs privés maladie et accident (ci-après: convention AMA; cf. Recueil des décisions de cette association, page C 2.1, du 10.11.1992).

Estimant que la Genevoise refuse à tort de lui payer les indemnités journalières qu'elle lui doit en vertu de la convention AMA, B. U. a ouvert action contre celle-ci devant le Tribunal civil de la S. Dans ses conclusions finales, il demande la condamnation de celle-ci à lui payer le montant de 43'446 francs. La défenderesse a conclu au rejet de l'action et à la condamnation du demandeur à lui rembourser la somme de 11'082 fr. 50 avec intérêts représentant des indemnités versées à tort. Le demandeur a dénoncé le litige à La Zurich qui a refusé d'y donner suite.

Par jugement du 27 octobre 1998, notifié aux parties le 6 janvier 1999, le Tribunal civil de la S. a condamné la défenderesse à payer au demandeur 43'445 fr. 50 avec intérêts à 5% l'an dès le 1er septembre 1996 et 220 francs; il a mis les dépens à la charge de la défenderesse.

Le 5 février 1999, la défenderesse a interjeté un recours civil, avec les conclusions suivantes:

"I. Le recours de La Genevoise, Compagnie d'Assurances sur la Vie, est admis. Partant, le jugement rendu le 27 octobre 1998 par le Tribunal civil de l'arrondissement de la S. est réformé en ce sens qu'il a désormais la teneur suivante:

1. Les conclusions de B. U. sont intégralement rejetées.

2. B. U. est condamné à verser à La Genevoise, Compagnie d'Assurances sur la Vie, le montant de fr. 11'082.50 avec intérêt à 5 % l'an à compter du 19 juillet 1996.

3. Les dépens sont mis à la charge de B. U.

Il n'est pas perçu de frais de justice. Les avances effectuées par les parties leur seront remboursées.

II. Les dépens d'appel sont mis à la charge de B. U.

Il n'est pas perçu de frais pour la procédure d'appel".

Le demandeur a conclu au rejet du recours, avec dépens.

Les parties ont comparu à la séance du 7 septembre 1999 au cours de laquelle leurs mandataires ont plaidé.

Motifs: La loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées (loi sur la surveillance des assurances [LSA], RS 961.01) dispose à son art. 47 al. 2 que, pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, les cantons prévoient une procédure simple et rapide et dans laquelle le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves. L'arrêté du Conseil d'Etat du 16 août 1995 introduisant une procédure simple et rapide pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale (RSF 842.1.19), entré en vigueur le 1er janvier 1996, soumet à la procédure accélérée des art. 382 à 390 CPC les contestations visées par l'art. 47 al. 2 LSA.

L'assurance conclue auprès d'un assureur privé pour couvrir les suites économiques de la maladie par le versement d'indemnités journalières est complémentaire à l'assurance-maladie sociale dans la mesure où elle couvre un risque identique et assure des prestations de même nature que celle-ci (Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, arrêt non publié du 24 juin 1998 en la cause P.S.P. c/ La S. Assurances, consid. 4, p. 14-26). Les dispositions légales précitées sont dès lors applicables, la présente cause étant appellable en vertu de l'art. 390 al. 1 CPC.

La loi du 20 février 1997 modifiant le code de procédure civile et certaines autres lois en matière de procédure civile s'applique, en vertu de son art. 17, aux procédures de recours introduites après son entrée en vigueur, le 1er janvier 1998, si la décision attaquée a également été rendue après cette date. En l'espèce, la procédure de recours a été ouverte le 5 février 1999 et le jugement attaqué est du 27 octobre 1998. La défenderesse a donc déposé erronément un recours civil qui remplit toutefois les conditions de l'appel. La Cour doit dès lors entrer en matière sur ce recours déposé dans le délai légal de 30 jours (art. 383 et 294 CPC), le jugement attaqué ayant été notifié à la défenderesse le 6 janvier 1999.

La valeur litigieuse étant de 54'748 francs, la cognition de la Cour est entière en fait et en droit (art. 299a al. 1 CPC).

La convention AMA déploie notamment ses effets lors du passage d'un assuré qui, ayant préalablement fait usage de son droit de passage de l'assurance collective maladie d'indemnités journalières à l'assurance individuelle d'une société AMA, passe par la suite à l'assurance collective maladie d'indemnités journalières d'une autre société AMA (art. 1 let. c). L'art. 2 de la convention, réglant les conditions de passage, prévoit qu'en cas d'application de celle-ci, les assureurs s'engagent à accorder aux assurés passants le main

tien de leur garantie d'assurance antérieure, ceci jusqu'à concurrence des garanties prévalant auprès du nouvel assureur; ni l'état de santé ni d'éventuelles limites d'âge d'admission à l'assurance ne pouvant être opposés à l'assuré au moment où il se prévaut du droit de passage (al. 1). Si l'assuré était déjà incapable de travailler ou déjà en état de recevoir des indemnités d'accouchement au moment du changement d'assureur, c'est au nouvel assureur qu'il incombe d'assumer les prestations dès ce moment-là, au minimum à concurrence des indemnités journalières/d'accouchement garanties par l'assureur précédent (al. 5).

Il n'est pas contesté que le demandeur a été assuré, tout d'abord auprès de la Zurich, assurance collective d'indemnités journalières de son précédent employeur F. F. A. E. SA, qu'il a été assuré ensuite individuellement par la Zurich et que, par suite de sa prise d'emploi chez Manpower il est assuré à la Genevoise, assurance collective de Manpower.

La Zurich assure 706 indemnités journalières par cas de maladie alors que la Genevoise n'assure au maximum que 120 indemnités journalières. Il ressort du dossier d'appel que tant la Zurich que la Genevoise admettent que la maladie du demandeur était préexistante. En outre, il résulte du dossier et des plaidoiries devant la Cour que ni la Zurich, ni la Genevoise, défenderesse, ne contestent le droit de l'assuré U. à 706 indemnités, dont il réclame un certain nombre dans le présent procès; mais chacune de ces compagnies estime que c'est à l'autre de prendre en charge ces indemnités. Elles divergent quant à l'interprétation de l'art. 2 al. 5 AMA, dont toutes deux admettent, en théorie, qu'il est applicable en l'espèce, mais dont elles tirent des conclusions opposées.

Selon la Genevoise, cet art. 2 al. 5 AMA ne permet pas au demandeur de lui réclamer le solde de 706 indemnités journalières dès lors qu'il était capable de travailler lors de sa prise d'emploi chez Manpower et qu'il a travaillé ensuite pendant plus de trois mois avant de se retrouver en incapacité de travail le 15 septembre 1995; pour elle, et pour autant que les conditions en soient remplies, le demandeur aurait droit à un maximum de 120 indemnités en raison de l'incapacité de travail survenue le 15 septembre 1995. Par contre, selon le demandeur et la Zurich, l'art. 2 al. 5 AMA donne droit à l'assuré à 706 indemnités puisqu'il était déjà incapable de travailler pour cause de maladie le 22 mai 1995 et que la reprise du travail s'est soldée par un échec en raison de la même maladie et, en application de l'art. 2, al. 5 AMA, il incombe à la Genevoise de prendre en charge ces indemnités.

Le litige porte donc exclusivement sur l'interprétation et l'application de l'art. 2 al. 5 AMA au cas d'espèce. Il s'agit donc pour la Cour d'examiner si le demandeur peut déduire de cette disposition les droits qu'il fait valoir dans ses conclusions à l'encontre de la Genevoise.

Aux termes de l'art. 2 al. 5 AMA, "si l'assuré était déjà incapable de travailler ou déjà, en état de recevoir des indemnités d'accouchement au moment du changement d'assureur, c'est au nouvel assureur qu'il incombe d'assumer les prestations dès ce moment-là, au minimum à concurrence des indemnités journalières/d'accouchement garanties par l'assureur précédent."

S'agissant tout d'abord du moment du changement d'assureur, soit du moment auquel le demandeur a passé de La Zurich à la défenderesse, les premiers juges et les parties admettent, à juste titre, qu'il est intervenu le 22 mai 1995, soit à la date fixée pour l'entrée en fonction du demandeur chez Fa. SA (art. 8.01 CGA La Genevoise et convention AMA, art. 2 al. 1).

La seconde question à résoudre est celle de savoir si, au moment déterminant, soit le 22 mai 1995, le demandeur était "déjà incapable de travailler" au sens de cet art. 2 al. 5 AMA, ce que le jugement admet et ce que la défenderesse conteste.

Les clauses du contrat doivent être interprétées, sur la base du principe de la confiance, en partant de la lettre mais en tenant compte également de tous les autres éléments permettent de déterminer la volonté des parties. Les clauses ne doivent pas être isolées de leur contexte, mais appréciées à la lumière de leur signification concrète. A cet égard, il y a lieu de prendre, notamment en considération le but du contrat (ATF 122 III 426/JdT, 1998 I 172, consid. 5; 123 III 165/JdT 1998 I 2, consid. 3a; GAUCH/-

SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I, Zurich 1998, n. 1205 ss, en particulier 1216,1224 ss et 1229).

Selon sa lettre, cet art. 2 al. 5 AMA envisage l'hypothèse d'un changement d'assureur, qui se produit par suite de la prise d'un emploi auprès d'un nouvel employeur assuré collectivement auprès d'un autre assureur, et d'un assuré "déjà incapable de travailler" au moment de ce changement d'assureur et d'emploi. On doit déduire de l'adverbe "déjà" que l'incapacité était antérieure au changement d'assureur, à défaut de quoi il n'aurait aucune portée. Le fait que l'assuré prenne un nouvel emploi auprès d'un nouvel employeur, avec pour conséquence le changement d'assureur, et travaille effectivement pour le nouvel employeur ne s'oppose pas à ce qu'il soit considéré comme "incapable de travailler" au sens de cette disposition. En effet, la même notion se retrouve dans le domaine de la prévoyance professionnelle (art. 23 LPP): ainsi, lorsque l'assuré a été en incapacité de travail, puis reprend du travail et que cette reprise du travail se solde par un échec après quelques mois, la jurisprudence admet que la personne n'était pas apte, pour des raisons médicales, à exercer l'activité à plein temps pour laquelle elle a été engagée (ATF 120 V 112 consid. 2c). Toutefois, dans ce domaine de la prévoyance professionnelle, à la différence de l'art. 2 al. 5 AMA, la loi prévoit que c'est l'ancienne institution de prévoyance qui assume les prestations (ATF 120 précité). Il y a lieu de préciser encore que, selon cette jurisprudence, pour que cette notion soit applicable, il faut qu'il existe une relation d'étroite connexité entre l'incapacité de travail antérieure et l'invalidité ultérieure; la connexité doit être à la fois matérielle et temporelle. Il y a connexité matérielle si l'affection à l'origine de l'invalidité est la même que celle qui s'est déjà manifestée durant l'affiliation à la précédente institution de prévoyance (et qui a entraîné une incapacité de travail). La connexité temporelle implique qu'il ne se soit pas écoulé une longue interruption de l'incapacité de travail; elle est rompue si, pendant une certaine période, l'assuré est de nouveau apte à travailler. Des rechutes lointaines ou de nouvelles manifestations de la maladie plusieurs années après que l'assuré a recouvré sa capacité de travail ne sauraient, entrer en considération, mais une brève période de rémission ne suffit pas pour interrompre le rapport de connexité temporelle (ATF 120 V 112 consid. 2c).

Cette interprétation de l'art. 2 al. 5 AMA va dans le même sens que la notion de "cas de maladie" de l'art. 4.06 des conditions générales de la Genevoise: selon cette disposition en effet, "une maladie ... qui, médicalement, se rattache à une maladie antérieure... (rechute) est considérée comme un nouveau cas si l'assuré n'a pas été en traitement pour cette maladie ... au cours des 12 derniers mois qui suivent la fin du cas antérieur". En d'autres termes, une incapacité suivie d'une reprise du travail qui se solde par un échec et une nouvelle incapacité constitue le même cas de sinistre s'il s'agit de la même maladie, pour laquelle l'assuré a été en traitement dans les 12 mois précédents. Les conditions générales de la Zurich contiennent une disposition qui va également dans le même sens (art. 5 let. c).

En adoptant l'art. 2 al. 5 AMA, les assurances ont réglé la prise en charge des cas entre elles. Certes, dans le particulier, la défenderesse doit prendre en charge un cas d'assurance qui l'oblige à payer des prestations supérieures à celles que lui impose le contrat collectif passé avec Manpower. Dans d'autres cas, elle sera bénéficiaire et n'aura pas à assumer des prestations qui seront prises en charge par la nouvelle assurance.

La défenderesse a objecté que l'art. 2 al. 5 AMA ne s'applique que si, au jour où il doit commencer dans son nouvel emploi, le travailleur est malade. Cette thèse est toutefois en contradiction avec l'art. 8.01 al. 2 des conditions générales de la défenderesse selon lequel l'assurance ne débute pas si l'employé est malade au jour de son entrée en fonction, mais débute le jour où il recouvre son entière capacité de travail; c'est en effet, la prise de travail chez Manpower qui pouvait créer le rapport d'assurance.

La défenderesse a également objecté que l'art. 2 al. 5 AMA constituerait une dérogation à l'art. 8.01 des conditions générales précitées et réglerait le cas où l'assuré, est malade lors de la prise d'emploi. Cette thèse n'est pas conciliable avec la lettre de l'art. 2 al. 5 AMA: en effet, si la condition du changement d'assureur est une condition de l'application

de cette règle ("si ... au moment du changement d'assureur"), il n'est pas possible d'y voir simultanément une règle exprimant les conditions d'un changement.

En résumé, pour que l'assuré soit considéré comme "déjà incapable de travailler" au sens de l'art. 2 al. 5 AMA, il suffit qu'il n'ait pas recouvré son entière capacité de travail lors de la reprise d'un emploi à l'essai et que les causes de l'incapacité avant et après l'essai soient les mêmes.

En l'espèce, le demandeur a été victime d'un accident de travail le 29 août 1994. Il a continué, son activité jusqu'au mois de novembre de la même année où son médecin l'a mis en incapacité de travail. Du 1er janvier au 1er juin 1995, il a touché 138 indemnités journalières maladie de La Zurich. Son médecin, le Dr G., lui a conseillé de trouver un travail léger. Il a ainsi travaillé à plein temps du 22 mai 1995 au 14 septembre 1995 chez Fa. SA où il a exécuté le même travail qu'il avait accompli antérieurement pendant six ans auprès de cette même entreprise. Durant cette période, le demandeur a cependant consulté le Dr G. le 13 juin, le 28 juillet et le 8 septembre 1995. Le 28 juillet 1995, ce médecin a attesté, une incapacité de travail à 100 % pour cause de maladie du 28 juillet au 16 août 1995. La recourante relève que ce certificat est erroné et que son auteur l'a annulé. Le Dr G. a certes déclaré que, selon ce qu'il pense, le certificat du 28 juillet 1995 est erroné car, selon son dossier, le demandeur a travaillé chez Fa. du 2 juin au 15 août 1995; qu'il a établi le certificat du 28 juillet 1995 car le demandeur n'avait plus de travail et que ce dernier a dû lui dire qu'il y avait les vacances de l'entreprise Fa. Ce médecin a toutefois encore déclaré que le demandeur lui avait dit que le travail chez Fa. était trop lourd; que si le demandeur n'avait pas eu la possibilité de faire un essai dans cette entreprise, il aurait probablement admis une incapacité de travail à 100% au-delà du 1er juin 1995; que le demandeur n'a pas que des troubles rhumatologiques au dos, à la nuque et à la colonne vertébrale mais aussi un psychisme particulier, ce qui explique la demande d'une expertise psychiatrique et la difficulté de fixer les incapacités de travail; que si le demandeur arrêtait de travailler, c'était pour des raisons médicales. Le demandeur n'a plus travaillé à partir du 15 septembre 1995. Une invalidité de 80 % a été reconnue par l'AI à partir du 1er novembre 1995. Dans sa lettre du 30 novembre 1995, la défenderesse admettait elle-même que la maladie du demandeur était préexistante, ce qu'admettait également la Zurich.

Il y a dès lors lieu de retenir que, compte tenu de sa maladie préexistante qui, selon la Zurich, lui confère le droit à un solde de 706 indemnités journalières, et pour laquelle il a effectivement touché des indemnités journalières de la part de cet assureur, de l'échec de sa tentative de reprise de travail, le demandeur était incapable de travailler au moment du changement d'assureur au sens de l'art. 2 al. 5 de la convention AMA. Cela est confirmé par le rapport du Dr M. du 25 mars 1996 qui retient une incapacité de travail supérieure à 80 % depuis 1984 en raison de l'évolution psychotique du demandeur. La nature des troubles décrits par l'expert et cités dans le jugement ne permettent pas de suivre la défenderesse lorsqu'elle affirme qu'il tombe sous le sens que l'expert aurait dû répondre différemment si on lui avait demandé de se prononcer sur la période précise de juillet-août 1995. La défenderesse perd de vue que les causes de l'incapacité de travail du demandeur sont tant psychiques que physiques. Il en résulte que les déclarations de R. P., chef de fabrication chez Fa., selon lequel le demandeur était un bon ouvrier dont le travail l'avait satisfait et qui aurait pu travailler au-delà du 15 septembre 1995 s'il y avait encore eu du travail à lui confier, ne sont pas déterminantes.

Le recours doit dès lors être rejeté sur ce point.

La défenderesse reproche encore au tribunal d'avoir rejeté sa propre action fondée sur l'art. 40 LCA.

Selon cette disposition légale, si l'ayant droit ou son représentant, dans le but d'induire l'assureur en erreur, dissimule ou déclare, inexactement des faits qui auraient exclu ou restreint l'obligation de l'assureur, ou si, dans le but d'induire l'assureur en erreur, il ne fait

pas ou fait tardivement les communications que lui impose l'article 39 de la présente loi, l'assureur n'est pas lié par le contrat envers l'ayant droit. Selon B. VIRET (Droit des assurances privées, Berne 1991, p. 143), la prétention frauduleuse implique une condition objective (telle que l'inexactitude relative aux circonstances du sinistre) et une condition subjective (l'ayant droit a fait ces déclarations inexactes consciemment, pour obtenir par là une indemnité plus élevée), la volonté de tromper étant suffisante; la jurisprudence apprécie avec une certaine rigueur la preuve de l'intention frauduleuse qu'il incombe à l'assureur de faire; en particulier, on ne saurait déduire la réalité de l'intention dolosive des seules circonstances objectives. L'ayant droit essaie d'induire l'assureur en erreur pour l'amener à effectuer une prestation qui n'est pas due. Soit il fait valoir une prétention qui n'existe tout simplement pas, soit il amplifie une prétention en soi fondée. La tromperie de l'assureur peut résulter d'affirmations fausses ou du silence. S'il y a intention frauduleuse de la part de l'ayant droit, l'assureur est libéré de ses obligations contractuelles. Cela vut pour toute la prétention, même si la tromperie ne concernait qu'une partie de celle-ci (A. MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Berne 1995, p. 385-6).

Le tribunal a admis que les conditions de l'art. 40 LCA ne sont de toute évidence pas remplies après avoir considéré que les déclarations du demandeur doivent être interprétées en tenant compte de sa santé mentale fortement perturbée depuis 1994; qu'à l'appui de ses prétentions, le demandeur a toujours présenté les certificats médicaux du Dr G., ce qui exclut la volonté de tromper de celui-là; que l'on ne saurait reprocher à une personne d'annoncer sa maladie sur la base des certificats de son médecin qui n'avait pas à les établir si, à son avis, ils ne devaient pas l'être. La défenderesse critique l'appréciation du tribunal en relevant que le certificat du 28 juillet 1995 est erroné et que son auteur l'a annulé. Il a été relevé précédemment que ce certificat, par lequel le Dr G. a attesté une incapacité de travail à 100 % du 28 juillet au 16 août 1995, soit pendant les vacances de l'entreprise Fa., était erroné. S'agissant de ces vacances, le demandeur a déclaré ne pas avoir été payé pour la durée de celles-ci alors même que son contrat prévoit un salaire horaire de 20 francs dont 1 fr. 54 au titre d'indemnité-vacances. La défenderesse conteste aussi la valeur du certificat du 16 octobre 1995 - incapacité de travail de 100% du 15 septembre au 31 octobre 1995 - et soutient finalement que le demandeur devait se rendre compte qu'il n'avait pas droit à des prestations alors qu'il n'était pas malade mais simplement dépourvu de travail pendant les vacances et après la fin de ses rapports de travail chez Fa. Il a déjà été relevé précédemment que le Dr G. a déclaré que si le demandeur n'avait pas eu la possibilité de faire un essai chez Fa., il aurait probablement admis une incapacité de travail à 100% au delà du 1er juin 1995; que le demandeur n'a pas que des troubles rhumatologiques au dos, à la nuque et à la colonne vertébrale mais aussi un psychisme particulier, ce qui explique la demande d'une expertise psychiatrique et la difficulté de fixer les incapacités de travail; que si le demandeur avait travaillé au delà du 15 septembre 1995, il aurait fixé son incapacité de travail à partir du jour où il n'aurait plus travaillé; que si le demandeur arrêtait de travailler, c'était pour des raisons médicales (déclarations du Dr G.), R. P., chef de fabrication chez Fa., a déclaré pour sa part, comme indiqué ci-devant, que le demandeur était un bon ouvrier dont le travail l'avait satisfait et que ce dernier aurait pu travailler au-delà du 15 septembre 1995 s'il y avait encore eu du travail à lui confier. La Cour n'a aucun motif de ne pas croire ces déclarations même si le demandeur a déclaré, le 2 octobre 1997, que Fa. a engagé quelqu'un d'autre pour le remplacer et qu'il s'était rendu compte de son incapacité de travailler; en effet, le 15 février 1996, devant la chambre des prud'hommes, le demandeur a déclaré que le chef de production lui avait dit, une semaine à l'avance, qu'il terminerait le 15 septembre et qu'auparavant, il était retourné chez Manpower qui n'avait plus de missions pour lui. Au vu des déclarations précédentes, la Cour retient que le Dr G. a bien attesté l'incapacité de travail du demandeur quand ce dernier était sans travail mais qu'il l'a fait en toute connaissance de cause et pour des motifs justifiés, à son avis, par la santé physique et psychique de son patient.

Force est dès lors de constater que la défenderesse n'a pas pu prouver la volonté de tromper du demandeur quand ce dernier prétendait des indemnités journalières en produisant les certificats de son médecin, et cela est vrai même si les vacances étaient payées - très partiellement d'ailleurs - par l'indemnité comprise dans le salaire horaire (du 22 mai 1995 au 28 juillet 1995), ce qui a pu lui échapper. Par conséquent, l'action de la défenderesse doit être rejetée, l'art. 40 LCA n'étant pas applicable.

Vu le sort du recours, les dépens d'appel doivent être mis à la charge de la défenderesse (art. 111 al. 1 CPC).

a r r ê t e:

I. Le recours est rejeté. Partant, le chef de conclusions de la Genevoise Assurances tendant au versement à elle-même par B. U. du montant de Fr. 11'082.50 avec intérêt à 5% l'an dès le 19 juillet 1996 est rejeté. Pour le surplus, le jugement attaqué est confirmé. Il a la teneur suivante:

"1. La Genevoise Cie d'Assurances sur la Vie est condamnée à payer à B. U. les montants de Fr. 43'445.50 avec intérêt à 5% l'an dès le 1er septembre 1996 et Fr. 220.--.

2. Les dépens sont mis à la charge de La Genevoise Cie d'Assurances sur la Vie.

Il n'est pas perçu de frais de justice. Les avances effectuées par les parties les 10 mai et 20 juin 1996 leur sont remboursées."

II. Pour l'appel, les dépens sont mis à la charge de La Genevoise Assurances.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

III. Les dépens de B. U. sont fixés, sur la base de la liste de frais de son mandataire, Me L.-M. P., au montant de 20'331 francs (honoraires de base 16'200 francs; majoration: 3'467 francs; correspondance: 300 francs; débours 364 francs), plus la TVA par 1'402.40 francs, pour les deux instances.