

Cour de Justice de la République et canton de Genève, 14 janvier 2000,
G. c. La Fribourgeoise Générale d'Assurances SA, Fribourg

Faits: Le litige a trait à un contrat d'assurance maladie collective conclu entre La Fribourgeoise générale d'assurances SA (ci-après La Fribourgeoise) et F. G.

Il ressort de la procédure les faits pertinents suivants:

Le contrat passé avec la Fribourgeoise:

F. G., né le 11 septembre 1947, est ingénieur de formation. Il exploite une petite entreprise d'achat et de vente de matériel informatique, M. consulting, ..., rue du ..., à G.

Dans le cadre de son travail, il explique devoir souvent transporter du matériel lourd, effectuer des livraisons et rester, durant de longues périodes, assis devant un ordinateur pour effectuer des activités administratives et commerciales.

Le 30 octobre 1991, F. G. a signé une proposition d'assurance maladie collective auprès de La Fribourgeoise.

Le 27 janvier 1993, il signa une nouvelle proposition du même type, mais mentionnant qu'il avait du personnel, soit une employée.

La police d'assurance maladie collective de F. G. a été établie sur la base de la proposition d'assurance du 27 janvier 1993 et des conditions générales d'assurance. Elle distingue deux groupes d'assurés. Le premier comprend F. G., assuré à 100% du salaire annuel fixe convenu, soit 100'000 fr., la durée des prestations s'étendant sur 720 jours dans une période de 900 jours consécutifs, avec un délai d'attente de 30 jours. La prime d'assurance correspondante s'élevait à 1'220 fr. Le second groupe comprend l'ensemble du personnel, assuré pour le 100% du salaire AVS déclaré, la durée des prestations s'étendant à 720 jours sur une période de 900 jours consécutifs, avec un délai d'attente de 14 jours. La prime y relative se montait à 698 fr.

L'état médical de F. G.:

En 1993, F. G. a ressenti, pour la première fois, des douleurs lombaires pour lesquelles il consulta le Dr J. B. Il retourna consulter ce praticien le 16 juin 1994.

Le 14 octobre 1994, le Dr I. P., radiologue, établit un rapport adressé au Dr B., dont il ressort que la colonne lombaire de F. G. présentait une "importante torsion axiale et une scoliose modérée avec discret bascule du bassin vers la gauche. Discrète ostéophytose antérieure. Léger glissement postérieur de L5 par rapport à S1. Pincement modéré du disque L5-S1". Se posait en outre la question d'un début de discopathie.

Le 8 novembre 1994, F. G. consulta pour la première fois le Dr C. M.-N. pour un problème de lombalgie accompagnée d'irradiation douloureuse le long du nerf sciatique gauche. Dès cette date, ce praticien a suivi régulièrement F. G. et remis à son patient des certificats médicaux attestant de son incapacité totale de travailler du 1er novembre 1994 au 31 août 1995. Il établit également à plusieurs reprises des rapports à l'attention de la Fribourgeoise, définissant le statut médical de son patient.

F. G. annonça, en effet, par téléphone sa maladie à La Fribourgeoise le 1er décembre 1994. Le 12 décembre 1994, il remplit une déclaration de sinistre écrite que son assurance lui avait fait parvenir, dans laquelle il déclara souffrir du dos et d'une sciatique depuis juin 1994 et avoir cessé complètement le travail sur ordre du médecin le 1er novembre 1994.

Le 6 mars 1995, le Dr B. établit un certificat médical initial à l'attention de l'assurance maladie, diagnostiquant une lombosciatique gauche; il précisa avoir été consulté dès le 14 juin 1993, mais ne remplit pas la rubrique "incapacité de travail". Le 24 mai 1995, il certifia à La Fribourgeoise n'avoir pas revu F. G. depuis le 7 octobre 1994, soit avant les périodes d'incapacité de travail alléguées.

L'assurance déclara avoir constaté à deux reprises, les 12 janvier et 20 juin 1995, que F. G. se trouvait à son lieu de travail. Ce dernier a admis avoir reçu la visite d'un représentant de l'assurance au bureau et a expliqué sa présence au bureau en vue de gérer ses affaires privées (rédaction de correspondance, réception de courrier, paiement des charges ménagères, etc.), notamment celles en rapport avec La Fribourgeoise. Le représentant de l'assurance précisa s'être fait passer pour un client potentiel; ce n'est qu'ensuite qu'il s'est fait connaître comme étant employé par La Fribourgeoise.

Le 24 juillet 1995, F. G. consulta le Dr L. S., neurologue, pour les mêmes douleurs lombaires. Dans un courrier du 15 septembre 1995, adressé au conseil de F. G., le Dr S. précisa n'avoir ausculté qu'une seule fois ce dernier. L'examen neurologique pratiqué à cette occasion n'a rien décelé de particulier, à l'exception d'une douleur à la fesse gauche, provoquée lors de la rotation interne du pied homolatéral et de la flexion en avant du tronc. L'examen, de même que les radiographies de la colonne lombaire, ne permirent pas à ce médecin d'expliquer les phénomènes douloureux dont se plaignait F. G., ni leur origine.

Le 15 août 1995, F. G. consulta pour la première fois le Dr H.J. H., médecin-chef du centre romand des paraplégiques à l'Hôpital cantonal, pour des lombosciatalgies gauches. A cette occasion, le Dr H. procéda à un bilan neurologique qui s'avéra normal.

Le 21 août 1995, le Dr M.-A. Ho. pratiqua, à la demande du Dr H., un examen radiologique de la colonne lombaire de F. G.

Le Dr H. prescrivit à F. G. un traitement anti-inflammatoire-analgésique, mais estima, ce qu'il confirma dans un courrier du 18 septembre 1995, qu'il n'y avait aucune indication opératoire, sous réserve d'une persistance des douleurs. Il précisa encore que, s'il n'était pas possible d'avancer un pronostic précis quant à l'évolution ultérieure, F. G. serait obligé d'interrompre son activité professionnelle pour des périodes de l'ordre de trois à quatre semaines en cas de poussées hyperalgiques, et ce jusqu'à rémission totale des phénomènes inflammatoires.

Le 12 septembre 1995, le Dr R. K., mis en oeuvre par La Fribourgeoise, examina F. G. Aux termes de son rapport du 28 septembre 1995, il déclara ne voir aucune justification à une incapacité de travail de celui-ci, dans une profession sans effort physique, permettant des attitudes alternées, et ce depuis le mois de novembre 1994, dès lors que la situation de F. G. n'avait subi aucun changement notable. Il précisa encore que de le Dr M.-N. lui

avait déclaré partager son opinion et avoir noté l'incapacité de travail sur ses certificats médicaux selon les indications de F. G., mais sans en être persuadé lui-même.

Se référant au rapport du Dr K., La Fribourgeoise, par courrier du 19 octobre 1995, déclara refuser de verser toute indemnité journalière à F. G., estimant qu'il n'y avait objectivement aucune justification à une incapacité de travail de ce dernier, au sens des conditions générales de cette assurance.

Les 27 avril et 7 mai 1996, F. G. consulta le Dr G. Sch., rhumatologue, qui diagnostiqua une hernie discale paramédiane gauche L5-S1, constatant une aggravation récente de sa situation, à tel point qu'il estima qu'une intervention chirurgicale devait être envisagée.

Invité par la Fribourgeoise à se prononcer sur le rapport du Dr Sch., le Dr K., dans un rapport du 5 juillet 1996, en a contesté les conclusions relevant pour l'essentiel qu'elles se basaient sur une discussion radiologique et non sur un examen clinique. Il a souligné que le Dr Sch. n'avait décelé aucun déficit moteur ou sensitif et que les douleurs étaient des manifestations subjectives. Cela étant, le Dr K. ne pouvait se prononcer sur le statut actuel de l'assuré, ne l'ayant plus revu depuis le mois de septembre 1995. Se basant sur le rapport du Dr K., la Fribourgeoise réfuta également le diagnostic du Dr Sch. et proposa à F. G. de se soumettre à un nouvel examen médical effectué par le Dr K. F. G. déclara accepter le principe, mais à la condition qu'elle soit confiée à un praticien de son choix et, finalement, aucun accord ne fut trouvé sur ce point, malgré deux propositions de praticiens soumises par l'assurance à F. G.

Alléguant son incapacité totale de travailler pour cause de maladie F. G. demanda au Tribunal, par assignation du 23 octobre 1996, de condamner La Fribourgeoise au paiement d'une somme de 78'332 fr. 35 à titre d'indemnité journalière du 1er novembre 1994 au 12 septembre 1995, avec intérêts à 5% dès le 12 novembre 1995. Il réserva en outre son droit à une indemnité journalière ou à toute autre prestation pour la période postérieure au 12 septembre 1995 et requit subsidiairement une expertise médicale aux fins de déterminer son incapacité de travail, son taux et sa durée.

Par conclusions motivées du 14 mars 1997, La Fribourgeoise a demandé le déboutelement de F. G. de toutes ses conclusions, motif pris notamment de l'inexistence d'une quelconque incapacité médicale. La Fribourgeoise fondait son objection sur des avis médicaux ainsi que sur les enquêtes qu'elle avait menées et qui montraient que F. G. n'avait en réalité pas cessé toute activité professionnelle.

Le 4 juin 1997, les parties furent entendues en audience de comparution personnelle. A cette occasion, F. G. déclara avoir été incapable travailler à 100% du 1er novembre 1994 à février 1996 et avoir repris une activité à 50% depuis le mois de février 1996. La Fribourgeoise contesta ces déclarations au motif que F. G. était sur son lieu de travail le 13 juin 1995, lors d'une visite inopinée d'un de ses inspecteurs.

Le Dr B. D., nommé en qualité d'expert par le Tribunal, fut chargé de déterminer l'incapacité de travail de F. G., son taux et sa durée. Il déposa son rapport le 22 avril 1998, après avoir pris connaissance de la procédure, du rapport du Dr K. de septembre 1995 et de son complément en juillet 1996, et de tous les dossiers médicaux de F. G.

Aux termes de son expertise, le Dr D. diagnostiqua chez F. G. une lombosciatalgie gauche sur compression radiculaire S1 en raison d'une hernie discale L5-S1 paramédiane gauche. Au jour de l'expertise, le taux d'invalidité fonctionnelle ne dépassait pas 10% mais, en raison des problèmes susmentionnés, l'expert souligna que F. G. ne pouvait transporter du matériel, surtout si celui-ci dépassait 10 kg. Cependant, l'état de F. G. était en train de nettement s'améliorer et les plaintes étaient tout à fait tolérables.

Le Dr D. souligna encore que "la douleur est un problème purement subjectif et très variable en fonction des patients. Il n'en reste pas moins que ce type de problème (compression radiculaire même discrète) est fluctuant dans le temps avec persistance de douleurs lombaires et douleurs dans le membre inférieur qui peuvent limiter certains mouvements". Il réserva de possibles modifications de l'état de F. G. et laissa ouverte la question du bien-fondé de la longueur des arrêts de travail de celui-ci.

Lors de son audition par le Tribunal, l'expert D. a précisé que, lors de la consultation du 8 avril 1998, F. G. était apte à travailler à plein temps mais ne travaillait qu'à 50%. Il ne lui était pas possible de se prononcer sur le taux d'incapacité avant cette date. Il confirma cependant les diagnostics posés antérieurement par les Dr B. et M.-N. et expliqua que les patients souffrant d'une hernie discale peuvent avoir des périodes de rémission comme des périodes chroniques; il n'est pas possible de fixer les périodes de crises et de rémissions sur la base des dossiers de F. G.

Entendu le 2 juin 1998, l'expert confirma qu'il n'était pas en mesure de se déterminer sur l'incapacité de travail de F. G. avant le 8 avril 1998, date à laquelle il avait pratiqué son examen. Il ne remit cependant pas en cause les certificats médicaux produits par celui-ci. A propos du rapport établi par le Dr K., l'expert D. déclara l'avoir trouvé "un peu péremptoire mais pas faux".

Aucun certificat médical établissant une incapacité de travail pour la période allant de septembre 1995 à avril 1996 n'a été produit devant le Tribunal. Aucune enquête ne fut ordonnée par le Tribunal, mis à part la comparution personnelle des parties et l'audition de l'expert judiciaire.

Sur demande de La Fribourgeoise, F. G. a encore produit les bilans et comptes de pertes et profits de sa société pour les années 1995-1996, les déclarations fiscales et les décisions de cotisations AVS du service de la taxation de la Caisse cantonale genevoise de compensation, pour ces mêmes années.

Des décisions de cotisations AVS produites, il ressort que M. Consulting a subi des pertes de 6'030 fr. pour l'exercice 1991, de 8'481 fr. pour 1992 et de 33'652 fr. pour 1993. L'exercice 1994 a en revanche dégagé un bénéfice de 33'360 fr., annoncé comme revenu par F. G. dans sa déclaration fiscale.

Le compte de pertes et profits, pour l'exercice 1995, année où F. G. déclare avoir été totalement incapable de travailler, fait apparaître des ventes de matériel pour un montant de 473'202 fr. 10, des honoraires de 4'915 fr. et un bénéfice net de 13'806 fr. 79. Dans les charges figurent notamment 37'139 fr. 83 sous la rubrique "salaire"; ce montant comprend outre le salaire versé aux employés, les primes d'assurance accidents, maladie, AVS/AI/APG et les allocations familiales. Une somme de 9'247 fr. 25 figure également dans les charges.

Pour ce même exercice 1995, F. G. a déclaré deux employés à la Caisse cantonale genevoise de compensation : I. C.-P., pour un salaire annuel de 2'400 fr., et H. P., pour un salaire annuel de 26'600 fr.

Pour l'exercice 1996, le compte de pertes et profits de M. comporte notamment comme produits, des honoraires pour 122'381 fr. et des ventes de matériel pour 288'391 fr. 95. Le bénéfice net pour 1996 est de 26'247 fr. 10. La rubrique "salaire" est inexistante sur ces comptes, mais 45'600 fr. sont mentionnés dans les charges à titre de "prestations de tiers"; en outre, 9'575 fr. figurent comme charges sous la rubrique "honoraires".

Lors de son audition en comparution personnelle du 4 juin 1997, F. G. déclara avoir eu deux employés fixes jusqu'à fin 1994, puis n'en avoir gardé qu'un seul, et ce jusqu'à fin juillet 1995.

F. G. forma une demande additionnelle le 1er octobre 1998, à teneur de laquelle il confirma ses premières conclusions en paiement et demanda en outre le versement d'une somme complémentaire de 88'333 fr. 65 avec intérêts à 5 % dès le 1er novembre 1994, soit au total un montant de 166' 666 fr. Pour fonder ses prétentions, il alléguait avoir été incapable de travailler à 100% du 1er novembre 1994 au 31 janvier 1996, à 50% du 1er au 28 février 1996, à 100% du 1er mars au 30 avril 1996 et à 50% du 1er mai 1996 au 8 avril 1998.

Par jugement du 6 mai 1999, communiqué aux parties par pli recommandé du 7 et reçu le 10 du même mois, le Tribunal a retenu préalablement que les parties étaient liées par un contrat d'assurance du 27 janvier 1993 pour un salaire fixe de 100'000 fr. Il a ensuite estimé, sur la base des différents documents médicaux en sa possession que F. G. avait été incapable de travailler à 100% du 1er novembre 1994 au 31 août 1995 (10 mois ou 304 jours), à 100% du 1er mars 1996 au 30 avril 1996 (2 mois ou 61 jours) et à 50% du 1er mai 1996 au 31 décembre 1996 (8 mois ou 245 jours). Pour le Tribunal, l'allocation journalière due par La Fribourgeoise se calcule en fonction d'un montant fixe de 100'000 fr. pour une année et s'élève sur la période considérée à un total de 127'082 fr., soit respectivement pour les périodes considérées les sommes de 76'111 fr. avec intérêts à 5% dès le 15 avril 1995 (échéance moyenne), 16'944 fr. avec intérêts à 5% dès le 1er avril 1996 (échéance moyenne) et 34'027 fr. avec intérêts à 5% dès le 1er septembre 1996 (échéance moyenne). La Fribourgeoise a également été condamnée aux 3/4 des dépens.

La Fribourgeoise appelle de ce jugement par acte déposé au greffe de la Cour le 4 juin 1999. Elle reproche au premier juge d'avoir erré en retenant une période d'incapacité de 100% du 1er mars 1996 au 30 avril 1996 et à 50% du 1er mai 1996 au 31 décembre 1996, alors qu'aucun certificat médical n'établit lesdites périodes d'incapacité, ainsi qu'en ignorant totalement que F. G. a travaillé dans son entreprise pendant les périodes d'incapacité dès lors qu'il a été vu par un inspecteur de sinistres de La Fribourgeoise pendant lesdites périodes et que les comptes de sa société démontrent, à satisfaction de droit, qu'il avait une pleine capacité professionnelle. Elle conclut à l'annulation du jugement entrepris ainsi qu'au déboutement de toutes les conclusions de F. G.

F. G. fait appel incident du jugement du 6 mai 1999 dans la mesure où il le déboute partiellement de ses conclusions. Il conclut à la confirmation du jugement en tant qu'il condamne La Fribourgeoise à lui payer 127'082 fr. et demande à ce qu'elle soit condam

née additionnellement à lui verser 62'500 fr. avec intérêts à 5% dès les 1er novembre 1994, soit au total 189'582 fr. Cette somme additionnelle de 62'500 fr. se compose de 41'667 fr. à titre d'indemnité journalière pour incapacité de travail à 100% du 1er septembre 1995 au 31 janvier 1996, de 8'333 fr. pour une incapacité à 100% du 29 janvier au 28 février 1996 et de 12'500 fr. pour une incapacité à 50% du 8 mai au 8 août 1996. Il admet cependant dans son écriture avoir repris son travail entre le 1er septembre 1995 et le 1er mars 1996 (ad 1.2. p. 3 réponse à l'appel du 25 août 1999).

En résumé, en appel, F. G. se dit incapable de travailler à 100% du 1er novembre 1994 au 30 avril 1996, à 50% du 1er au 7 mai 1996, à 100% du 8 mai au 8 août 1996 et à 50 % jusqu'au 31 décembre 1996.

Par courrier du 18 juillet 1999 adressé au conseil de F. G., produit en appel pour la première fois, le Dr M.-N. atteste d'une incapacité de travail de son patient à 100% du 1er novembre 1994 au 31 janvier 1996, de 50% du 1er février au 16 avril 1996, de 100% du 17 au 29 avril 1996 et de 50% du 30 avril au 31 décembre 1996. Le Dr M.-N. précise avoir établi ses certificats d'arrêt de travail en présence de symptômes douloureux et de plaintes algiques et non à la simple demande de son patient; il conteste également l'interprétation du Dr K. selon laquelle, dans une profession sans effort physique et permettant des attitudes alternées, il n'y avait aucune justification à une incapacité de travail.

Le Dr Sch., à teneur d'un courrier du 10 août 1999 à l'attention du conseil de F. G., également produit en appel pour la première fois, déclara que son patient, qu'il avait vu entre le 29 avril 1996 et le 8 mai 1996, ne pouvait pas être en état de travailler dans les 3 mois qui ont précédé la consultation et, "probablement également dans les 3 mois qui ont suivi".

Motifs: L'appel principal est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 296 et 300 LPC).

S'agissant de l'appel incident, l'art. 312 LPC prévoit que la Cour ne peut statuer sur aucun chef de demande qui n'a pas été préalablement soumis aux premiers juges, à moins qu'il ne s'agisse de compensation pour cause postérieure au jugement de première instance, d'intérêts, loyers et autres accessoires échus depuis ce jugement, de dommages et intérêts pour le préjudice subi après le jugement ou de demande provisionnelle pendant 1a litispendance.

En l'espèce, F. G., par son appel incident, réclame paiement de 62'500 fr., représentant des indemnités pour des périodes d'incapacité de travail comprises entre le 1er septembre 1995 et le 8 août 1996, et la confirmation du jugement de première instance en tant qu'il condamne La Fribourgeoise à lui verser une somme totale de 127'082 fr. Le montant cumulé de ses prétentions en appel est donc de 189'585 fr.

Or, devant le premier juge, il a réclamé des indemnités à concurrence de 166'666 fr.

Par conséquent, en tant qu'elles excèdent le montant requis en première instance et ne réalisent pas une des exceptions prévues par l'art. 312 al. 2 LPC, les conclusions nou

velles sur appel incident sont irrecevables dans cette mesure (SJ 1946 p. 237; Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 5 ad art. 312 LPC) et seront donc réduites à due concurrence (art. 298, 300 et 312 LPC). Pour le surplus, l'appel incident est recevable.

Les dernières conclusions prises en première instance ayant porté sur des valeurs litigieuses supérieures à 8'000 fr. en capital, le Tribunal a statué en premier ressort; la Cour revoit donc la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 22, 24 et 25 LOJ; 291 LPC; SJ 1984 p. 466 consid. 1). Elle applique d'office le droit fédéral (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 2 ad art. 144 LPC).

Les pièces nouvelles produites en appel par F. G., soit la lettre du 18 juillet 1999 du Dr M.-N. C. et celle du Dr G. Sch. du 10 août 1999, sont recevables. Reste à déterminer leur valeur probante, dès lors qu'elles n'ont pas été confirmées sous la foi du serment et qu'elles semblent avoir été établies pour les besoins de la cause (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, op. cit., n. 9 ad art. 312 LPC). Leur portée sera discutée infra dans le considérant qui a trait au fardeau de la preuve.

A juste titre, les parties ne remettent pas en cause, en appel, l'existence d'un contrat d'assurance les liant. En particulier, La Fribourgeoise ne soutient plus avoir résilié valablement ledit contrat.

A cet égard, la Cour fait sien le raisonnement du premier juge.

En revanche, les parties contestent toutes deux les périodes d'incapacité retenues par le Tribunal, La Fribourgeoise estimant celles-ci non établies, et F. G. soutenant pour sa part l'inverse; ce faisant, elles lui reprochent implicitement une mauvaise appréciation des preuves.

La jurisprudence constante reconnaît au juge du fait un large pouvoir d'appréciation en matière de preuves (ATF 120 la 31 consid. 4b; 118 la 28 consid. 1b; 112 la 369 consid. 3; Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 2 ad art. 196 LPC). Toutefois, la Cour revoyant la cause avec un plein pouvoir d'examen, il lui appartient d'établir les faits et elle peut examiner librement les griefs des appelants.

En application de l'art. 8 CC, c'est à la partie qui veut déduire un droit en justice que revient la charge de prouver les faits qu'elle allègue. Ce principe général s'applique également à la preuve du sinistre en matière d'assurance (Kuhn/Montavon, Droit des assurances privées, 1994, p. 180; Roelli/Keller, Kommentar zum Schweizerischen BG über den Versicherungsvertrag, vol. I, Die allgemeinen Bestimmungen, art. 1-47, 1968, p. 564; Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 1986, p. 314 ch. 2 et p. 362; Koenig, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 1951, p. 80).

C'est ainsi à l'ayant-droit qu'il incombe de se légitimer vis-à-vis de l'assureur, autrement dit de prouver qu'il est objectivement fondé à réclamer la prestation d'assurance (art. 39 LCA; Viret, Droit des assurances privées, 1991, p. 130-131; Kuhn/Montavon, op.

cit., p. 175), quand bien même il est autorisé dans un premier temps à se contenter de signaler à l'assureur l'existence du sinistre (art. 38 LCA). Il peut en particulier être convenu que l'ayant droit devra produire des pièces déterminées, notamment des certificats médicaux, à condition qu'il lui soit possible de se les procurer sans grand frais (art. 39 al. 2 ch. 1 LCA). La jurisprudence précise que la preuve par indice n'est pas contraire au droit fédéral (ATF du 24 septembre 1951 publié in RBA X no 11), mais que "cette atténuation du degré de preuve n'est de rigueur que lorsque le demandeur se trouve dans une situation où rien ni personne n'est en mesure de confirmer positivement sa version des faits". Cependant, si la partie demanderesse apporte une preuve indirecte, à savoir une preuve par indices, il suffit à la partie défenderesse pour réussir la contre-preuve d'éveiller des doutes dans l'esprit du juge sur l'exactitude des indices ou des conclusions déduites des indices allégués (ACJ du 21 avril 1994, cause no AC/JC/582/94, Z c/ W).

Liminairement, la Cour relève de nombreuses contradictions dans les déclarations de F. G. lui-même quant à ses périodes d'incapacité de travail. En effet, lors de l'audience de comparution personnelle du 4 juin 1997, il déclara avoir été incapable de travailler à 100% du 1er novembre 1994 à février 1996 et à 50% depuis lors. Dans ses dernières conclusions en première instance, il alléguait une incapacité de travailler à 100% du 1er novembre 1994 au 31 janvier 1996, à 50% du 1er au 29 février 1996, à 100% du 1er mars au 30 avril 1996 et à 50% du 1er mai 1996 au 8 avril 1998. A cette date, l'expert Demierre a relevé cependant que F. G. était pleinement apte au travail, sous réserve du port de charges supérieures à 10 kg. En appel, F. G. se dit incapable de travailler à 100% du 1er novembre 1994 au 30 avril 1996, à 50 % du 1er au 7 mai 1996, à 100 % du 8 mai au 8 août 1996 et à 50 % jusqu'au 31 décembre 1996 tout en reconnaissant qu'il avait repris son travail entre le 1er septembre 1995 et le 1er mars 1996.

A ce stade, les contradictions mêmes de l'assuré tant sur les durées que sur le taux de ses incapacités de travail dès le 31 août 1995, créent un doute sur la réalité de celles-ci, ce d'autant qu'il a admis avoir travaillé durant une partie de ces périodes.

A cela s'ajoute le fait que les attestations médicales que F. G. a produites pour la première fois en appel ne viennent que renforcer les incohérences susmentionnées; en effet, le Dr M.-N. atteste de l'incapacité à 100% de son patient du 1er novembre 1994 au 31 janvier 1996, à 50% du 1er février au 16 avril 1996, (ce qui ne correspond pas aux allégués de l'assuré), à 100% du 17 au 29 avril 1996 et à 50% du 30 avril au 31 décembre 1996. Quant au Dr Sch., s'il atteste une incapacité de travail dans les trois mois précédent et les trois mois suivant le début mai 1996, il n'a pas vu le patient aux dates indiquées et ne s'est pas déterminé sur le taux d'incapacité de travail. Ces pièces nouvelles d'une part, viennent encore contredire ce que F. G. a soutenu en première instance, et d'autre part sont imprécises.

La Cour constate ainsi que pour la période postérieure au 31 août 1995, F. G. n'a pas établi avec un degré de vraisemblance suffisant la réalité d'une incapacité de travail, les pièces produites en appel ne suffisant pas à pallier le défaut de preuve en première instance. Le Tribunal a donc mal apprécié les faits de la cause en fixant approximativement une incapacité de travail à 100% pour la période du 1er mars 1996 au 30 avril 1996 et à 50% du 1er mai au 31 décembre 1996.

Les certificats médicaux produits devant le Tribunal n'attestent que des incapacités de travail du 1er novembre 1994 au 31 août 1995; ils émanent tous du Dr M.-N.

La Fribourgeoise reproche au Tribunal de s'être fondé sur les seules attestations du Dr M.-N. pour cette période alors que d'autres éléments de la procédure viennent infirmer les preuves apportées par F. G.

En premier lieu, il convient de retenir que les avis du médecin traitant sont contestés par l'expert de l'assurance, le Dr K. qui a nié une quelconque incapacité de travail à l'assuré; son avis ne fut pas réellement critiqué par l'expert judiciaire D. qui déclara ne pas pouvoir se prononcer sur l'incapacité de travail de F. G. avant le 8 avril 1998. Ni le Dr S., ni le Dr H., consultés respectivement en juillet et août 1995, n'établirent de certificats médicaux attestant une incapacité de travail à cette époque.

Il est admis que La Fribourgeoise a trouvé en janvier et juin 1995 F. G. sur son lieu de travail, ce que celui-ci n'a pas contesté.

En outre, les comptes de M. Consulting sont en contradiction avec les déclarations de F. G. puisque le bilan pour l'exercice 1995 montre, à une période durant laquelle F. G. se prétend totalement incapable de travailler, un chiffre d'affaires de 478'640 fr. 53. Or, durant cette période, M. Consulting n'a employé que deux personnes à temps partiel.

Le bilan 1996 montre lui un chiffre d'affaires de 410'995 fr. 05, dont un montant d'honoraires de 122'381 fr. alors que la société M. n'avait aucun employé, le poste salaire étant inexistant.

Ces comptes d'exploitation révèlent que M. Consulting a eu une activité en 1995-1996 dégageant des honoraires, notamment aux périodes où F. G. se trouvait seul dans l'entreprise.

Au vu de ce qui précède, la Cour constate que l'avis isolé du Dr M.-N., est largement contrecarré par les autres avis médicaux des Dr K., S. et H.; l'expert nommé par le Tribunal n'a pas été en mesure de confirmer les attestations du Dr M.-N., elles-mêmes contredites, de surcroît par l'assuré, qui, au moins à deux reprises, a été surpris en train de travailler durant cette période en janvier et juin 1995.

Le Tribunal a également mal apprécié les faits de la cause en ne relevant pas que l'assurance avait réussi à renverser les preuves offertes par l'assuré.

En outre, aux dires de l'expert judiciaire, l'incapacité de travail de F. G. serait liée à un éventuel port de charge supérieur à 10 kg; or, F. G., à qui revient le fardeau de la preuve, n'a pas prouvé avoir une activité qui l'oblige à porter lui-même de telles charges.

Par conséquent, la Cour donnera suite aux conclusions de la Fribourgeoise, et débouterà F. G. de son appel incident et de ses conclusions. Le jugement querellé sera ainsi entièrement annulé.

F. G., qui succombe en totalité, sera condamné aux dépens de première instance et d'appel (art. 176 al. 1 LPC).

Par ces motifs
La Cour

A la forme

Déclare recevables l'appel principal et l'appel incident interjetés par La Fribourgeoise générale d'assurances SA et par F. G. contre le jugement .. rendu le 6 mai 1999 par le Tribunal de première instance dans la cause .. .

Déclare irrecevables les conclusions nouvelles formées par F. G.

Au fond

Annule ledit jugement.

Statuant à nouveau

Déboute F. G. de toutes ses conclusions.

Le condamne aux dépens de première instance et d'appel, lesquels comprennent dans leur totalité une indemnité de procédure de 15'000 fr. qui constitue une participation aux honoraires d'avocat de La Fribourgeoise.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.