



**POUVOIR JUDICIAIRE  
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG  
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC  
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00, F +41 26 304 15 01  
www.fr.ch/tc

608 2016 180

**Arrêt du 17 avril 2018**

**II<sup>e</sup> Cour des assurances sociales**

Composition

Président:

Johannes Frölicher

Juges:

Anne-Sophie Peyraud, Marc Sugnaux

Greffière-stagiaire:

Laetitia Emonet

Parties

**A.**\_\_\_\_\_, **demandeur**, représenté par Me Alain Ribordy, avocat  
contre

**B.**\_\_\_\_\_, **SA, défenderesse**

Objet

Assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale –  
indemnités perte de gain en cas de maladie – maintien du rapport  
d'assurance après la fin des rapports de travail – droit propre de  
l'assuré dans l'assurance collective – détermination de l'incapacité  
de travail – délai pour un changement de profession

Demande du 1<sup>er</sup> septembre 2016

## considérant en fait

A. A. \_\_\_\_\_ (le demandeur) a été engagé le 28 mars 2014 comme collaborateur temporaire par C. \_\_\_\_\_ SA, entreprise de location de services, pour travailler comme ouvrier de la construction auprès de l'entreprise D. \_\_\_\_\_ SA, dès le 31 mars 2014.

En lien avec ce contrat de travail, le demandeur était assuré auprès de la SUVA pour le risque lié aux accidents professionnels et non professionnels.

Il était également assuré auprès de B. \_\_\_\_\_ SA (la défenderesse) pour le risque de perte de gain due à la maladie, dans le cadre d'un contrat d'assurance-maladie collective d'indemnités journalières conclu entre cette société d'assurance et C. \_\_\_\_\_ SA.

B. Suite à un accident survenu le 28 mai 2014, le demandeur a perçu des indemnités journalières de la CNA de CHF 149.10 par jour dès le 2 juin 2014.

C. C. \_\_\_\_\_ SA a résilié le contrat de travail par courrier du 26 août 2014, avec effet au 2 septembre 2014.

D. Par décision du 9 janvier 2015, la CNA a mis un terme au versement de ses prestations faisant suite à l'accident du 28 mai 2014, avec effet au 18 janvier 2015.

E. Suite à la fin du versement des prestations par l'assureur-accidents, le demandeur a revendiqué auprès de son ancien employeur, puis auprès de la défenderesse, le versement d'indemnités perte de gain journalières de l'assurance-maladie collective.

F. Par demande du 1<sup>er</sup> septembre 2016 déposée par son mandataire auprès du Tribunal cantonal, le demandeur conclut sous suite de dépens au paiement par la défenderesse d'un montant de CHF 45'082.20, avec intérêts à 5% dès le 29 juin 2016. Ce montant correspond à des indemnités perte de gain journalières de l'assurance-maladie calculées au taux de CHF 149.10 par jour pour les périodes suivantes, une augmentation des conclusions étant réservée:

- période du 21 janvier 2015 au 6 avril 2015: 76 jours;
- période du 31 août 2015 au 12 février 2016: 166 jours;
- période du 2 juin 2016 au 31 juillet 2016: 60 jours.

Par requête du même jour, il sollicite l'assistance judiciaire totale et la désignation de son mandataire en tant que défenseur d'office.

G. Dans sa réponse du 10 octobre 2016, la défenderesse conclut sur le fond au rejet de la demande, sous suite de frais et dépens. A l'appui de sa position, elle affirme en substance que le demandeur n'était plus couvert par elle après la fin de ses rapports de travail, qu'il n'a pas établi de lien existant entre l'accident subi et la maladie alléguée et qu'il n'a pas respecté ses obligations d'information prévues par les conditions générales applicables au contrat d'assurance-maladie collective.

Quant à la requête d'assistance judiciaire, la défenderesse conclut à son rejet, la demande étant selon elle dépourvue de chances de succès.

H. Le 8 novembre 2016, les parties, assistées de leurs mandataires, comparaissent à des débats d'instruction devant le Juge délégué.

A titre préliminaire, le demandeur augmente ses conclusions. Prenant en considération les périodes supplémentaires du 4 mai 2015 au 3 juillet 2015, soit 61 jours, et du 13 février 2015 au 1<sup>er</sup> juin 2016, il demande désormais le paiement d'un montant de CHF 70'578.30, avec intérêts à 5% l'an dès le 29 juin 2016.

Après une tentative de conciliation qui n'aboutit pas, le Juge délégué ordonne la production de plusieurs pièces complémentaires par E. \_\_\_\_\_ SA, société mandatée par C. \_\_\_\_\_ SA pour effectuer certaines tâches administratives en son nom, et par C. \_\_\_\_\_ SA elle-même.

I. Par décision du 9 novembre 2016, le Juge délégué accorde l'assistance judiciaire totale au demandeur et lui désigne son mandataire comme défenseur d'office.

J. Par courrier du 30 novembre 2016, C. \_\_\_\_\_ SA produit le contrat de travail (« contrat de mission ») du 28 mars 2014, les décomptes de salaire du demandeur pour 2014 et la lettre de résiliation du contrat de travail du 26 août 2014.

Par courrier du même jour, E. \_\_\_\_\_ SA produit entre autres documents une police d'assurance conclue pour l'année 2016 entre B. \_\_\_\_\_ SA et C. \_\_\_\_\_ SA, ainsi que divers certificats d'incapacité de travail concernant le demandeur.

Par courrier du 31 décembre 2016, puis par courrier du 5 janvier 2017 faisant suite à de premières déterminations, le Juge délégué invite les parties notamment à se déterminer sur les pièces produites le 30 novembre 2016 et requiert en particulier la demanderesse d'indiquer si elle se considère comme l'assurance collective perte de gain mentionnée dans le contrat de travail conclu le 28 mars 2014 entre C. \_\_\_\_\_ SA et le demandeur.

Par détermination du 10 janvier 2017, la défenderesse produit la police d'assurance conclue le 14 juin 2012 entre elle et C. \_\_\_\_\_ SA en tant que preneur d'assurance. Elle précise que cette police était également valable pour l'année 2014, tout en confirmant la position développée dans sa réponse selon laquelle le demandeur n'était plus couvert par elle après la fin de ses rapports de travail avec C. \_\_\_\_\_ SA.

Se déterminant à son tour le 18 janvier 2017, le demandeur confirme en substance que la couverture d'assurance a été maintenue selon lui au-delà de la fin de son contrat de travail.

K. Par ordonnance du 2 février 2017, le Juge délégué rejette une requête formulée par la défenderesse tendant à ce qu'il soit statué préalablement sur la question du lien contractuel entre les parties. Envisageant de donner suite à une requête formulée dans ce sens par les parties et d'ordonner une expertise relative à l'état de santé et à la capacité de travail du demandeur durant plusieurs périodes entre le 21 janvier 2015 et le 31 juillet 2016, il soumet aux parties des propositions d'experts et de questions à examiner.

Prenant en considération les déterminations des parties, le Juge délégué formalise le mandat d'expertise et l'attribue par ordonnance du 26 avril 2017 à Dre F. \_\_\_\_\_, spécialiste FMH en médecine interne et en rhumatologie, experte médicale SIM.

Après plusieurs incidents dans la communication entre le mandataire du demandeur et l'experte, ainsi que l'intervention du Juge délégué posant la règle que l'ensemble des échanges entre ceux-

ci se fera désormais par écrit et par son intermédiaire, l'expertise est réalisée et le rapport y relatif adressé au Tribunal cantonal le 7 novembre 2017.

Les parties déposent d'ultimes déterminations respectivement le 20 novembre 2017 et le 1<sup>er</sup> décembre 2017.

Le 24 janvier 2018, le demandeur, assisté de son mandataire, ainsi que la défenderesse comparaissent devant le Juge délégué. La procédure probatoire est close et les parties plaident. Les débats sont ensuite clos.

Le 26 janvier 2018, le mandataire du demandeur dépose ses listes de frais qui sont adressées en copie à la défenderesse.

## **en droit**

1.

1.1. Selon l'art. 7 du code du 19 décembre 2008 de procédure civile (CPC; RS 272), les cantons peuvent instituer un tribunal qui statue en tant qu'instance cantonale unique sur les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale selon la loi du 8 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal; RS 832.10). Le canton de Fribourg a fait usage de cette possibilité, dès lors qu'il a soumis ces litiges à la compétence du Tribunal cantonal (art. 53 al. 1 de la loi cantonale du 31 mai 2010 sur la justice, LJ, RSF 130.1).

La II<sup>e</sup> Cour d'appel civil du Tribunal cantonal a connu des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale selon la LAMal (art. 1b al. 2 de l'Annexe 1 du règlement provisoire du 20 décembre 2007 du Tribunal cantonal) jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2013, date de l'entrée en vigueur du règlement du 22 novembre 2012 du Tribunal cantonal précisant son organisation et son fonctionnement (RTC; RSF 131.11; ROF 2012\_133) qui a confié cette compétence à la II<sup>e</sup> Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal.

Il en résulte que la II<sup>e</sup> Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer dans la présente cause. La demande du 1<sup>er</sup> septembre 2016 est ainsi recevable.

1.2. La procédure simplifiée est applicable (art. 243 al. 2 let. f CPC), sans égard à la valeur litigieuse. La Cour établit d'office les faits (art. 247 al. 2 let. a CPC). Le litige est donc soumis à la maxime inquisitoire sociale (arrêt TF 4A\_318/2016 du 3 août 2016 consid. 2.1) et la Cour doit prendre en compte les faits juridiquement pertinents même si les parties ne les ont pas invoqués (ATF 130 III 102 consid. 2.2).

2.

2.1 Dans un premier temps, la défenderesse semble avoir contesté qu'un contrat d'assurance collective d'indemnités journalières perte de gain en cas de maladie avait été conclu entre elle-même et C.\_\_\_\_\_ SA, ancien employeur du demandeur (voir réponse du 10 octobre 2016, allégués ad 3 et 25). Elle a par la suite admis l'existence d'un tel contrat (voir déterminations du 4 janvier 2017 et du 10 janvier 2017, avec les annexes) et produit deux polices d'assurance

valables pour les années 2014 et 2015 dont il ressort qu'elle assurait alors les collaborateurs suivants de C.\_\_\_\_\_ SA:

- employés loués ayant un salaire brut supérieur au gain maximum assuré selon la SUVA, soumis à une CCT contraignante ou tenus de s'assurer selon la LPP et ne touchant pas de rente AVS;
- employés loués ayant un salaire brut supérieur au gain maximum assuré selon la SUVA qui sont exclusivement soumis à la CCT de portée générale pour la location de personnel, ne sont pas tenus de s'assurer selon la LPP et ne touchent pas de rente AVS.

Il ressort par ailleurs du contrat de travail conclu entre C.\_\_\_\_\_ SA et le demandeur que celui-ci était engagé comme ouvrier de la construction B et que les rapports de travail étaient soumis aux conventions collectives de travail étendues « branche du travail temporaire » et « CN: construction gros œuvre » (voir contrat de travail cadre et contrat de mission spécifique signés le 28 mars 2014; pièces 2 et 3 du bordereau de la demande).

Le recoupement du contenu des polices d'assurance et du contrat de travail susmentionnés conduit à admettre qu'en tant que collaborateur de C.\_\_\_\_\_ SA soumis à une convention collective de travail étendue, le demandeur était couvert par le contrat d'assurance collective d'indemnités journalière perte de gain en cas de maladie conclu entre son employeur et la défenderesse.

2.2 Dans le domaine de l'assurance couvrant le risque de la perte de gain en raison de la maladie, les parties peuvent librement choisir, soit de conclure une assurance sociale d'indemnités journalières régie par les art. 67 à 77 LAMal, soit de conclure une assurance d'indemnités journalières soumise à la loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1) (arrêt TF 4A\_373/2010 du 10 novembre 2010 consid. 2.1).

Le contrat d'assurance collective en cause est soumis aux dispositions de la LCA (voir police valable pour 2014, produite le 10 janvier 2017) (voir également l'art. 2.2 des conditions générales d'assurance, édition 01.2008, ci-après CGA 01.2008, pièce 4 du bordereau de la demande).

3.

Le litige porte ensuite sur la question de savoir si, après la fin de ses rapports de travail avec C.\_\_\_\_\_ SA en date du 2 septembre 2014, le demandeur est resté couvert par le contrat d'assurance collective ou si, au contraire, la couverture a pris fin en raison de l'absence de déclaration de libre-passage dans l'assurance individuelle.

3.1 A teneur de l'art. 3 al. 3 LCA, lorsque le contrat d'assurance est un contrat collectif conférant un droit direct aux prestations à des personnes autres que le preneur d'assurance, celui-ci est tenu de renseigner ces personnes sur les principaux éléments, les modifications et la dissolution du contrat. L'assureur met à la disposition du preneur d'assurance tous les documents nécessaires à cette fin.

3.1.1. Précisant cette obligation d'informer en la concrétisant, l'art. 8.1 des CGA 01.2008 intégrées au contrat prévoit ce qui suit:

*« Sur mandat de B.\_\_\_\_\_, le preneur d'assurance est tenu, le dernier jour de travail au plus tard, d'informer par écrit le travailleur qui part de son droit de passage et du délai dont il dispose.*

*En cas de non-respect de l'obligation d'informer par le preneur d'assurance, la personne assurée reste dans l'assurance collective. Dans ce cas, le preneur d'assurance répond des dommages éventuels qui en résultent. »*

La teneur du chiffre 8.1 des CGA 01.2008 n'est qu'en partie similaire à celle de l'art. 71 al. 2 LAMal. Sous le titre « sortie de l'assurance collective », celui-ci énonce que l'assureur doit faire en sorte que l'assuré soit renseigné par écrit sur son droit de passage dans l'assurance individuelle et que s'il omet de le faire, l'assuré reste dans l'assurance collective. Etant rappelé que le contrat d'assurance en cause est soumis à la LCA, cette disposition n'est par ailleurs pas applicable en l'espèce.

3.1.2. Le droit de passage mentionné à l'art. 8.1 est décrit au chiffre 8.2 des CGA 01.2008:

*« En cas de sortie du cercle des personnes assurées et de résiliation du présent contrat, les personnes domiciliées en Suisse ont le droit de passer dans l'assurance individuelle de B.\_\_\_\_\_ sans examen de santé. Le droit de passage doit être exercé dans l'intervalle de 3 mois à compter de la résiliation du contrat d'assurance ou au plus tard à la réception de l'information selon l'art. 8.1. La date à laquelle B.\_\_\_\_\_ reçoit la communication fait foi. »*

3.2. En l'espèce, au moment de la résiliation de son contrat de travail, le demandeur n'a pas reçu d'information de son employeur quant à son droit de passage dans l'assurance individuelle. En particulier, la lettre de licenciement du 26 août 2014 ne mentionne rien à cet égard.

S'agissant de cette lettre du 26 août 2014, il peut être relevé qu'elle contenait la phrase suivante: « Vous continuerez à toucher les indemnités journalières pour votre incapacité de travail sur la base des certificats médicaux en notre possession et ce, jusqu'à la fin de l'obligation légale ». Certes, on peut comprendre que l'employeur n'entendait viser par cette phrase que les indemnités journalières que le demandeur percevait alors de l'assurance-accidents, à l'exclusion d'indemnités de l'assurance collective perte de gain en cas de maladie qui pourraient être perçues ultérieurement. Il n'en demeure pas moins que cette affirmation formulée de façon très générale était plutôt de nature à conforter le demandeur dans le sens qu'il n'avait pas à entreprendre de démarche auprès d'une assurance pour continuer à bénéficier du versement d'indemnités journalières perte de gain. Quoi qu'il en soit, la question de l'interprétation de cette phrase spécifique de la lettre du 26 août 2014 n'est pas déterminante en soi. Le constat essentiel est celui de l'absence d'information donnée au demandeur au moment de la résiliation des rapports de travail quant à son droit de passer dans l'assurance individuelle.

3.2.1. Face au constat qui précède, la défenderesse avance qu'elle a informé le demandeur au moment de la conclusion du contrat quant à son droit de passage dans l'assurance individuelle. Elle se réfère en cela au dernier paragraphe de l'art. 8 let. a du contrat de travail cadre signé par le demandeur le 28 mars 2014 dont le contenu est le suivant: « *Droit de passage dans une assurance individuelle: la personne assurée qui sort du cercle des personnes couvertes par l'assurance collective a le droit, dans un délai de 90 jours, de passer dans une assurance individuelle d'indemnités journalières selon la LCA sans se soumettre à un nouvel examen de son état de santé [...] ».*

Il est d'abord douteux qu'une telle mention, figurant en petits caractères dans une formule de contrat de travail cadre annexée au contrat de travail spécifique (contrat de mission) conclu par un travailleur temporaire, soit à même d'informer efficacement celui-ci sur l'existence de son droit au

libre-passage dans l'assurance individuelle. Ensuite et surtout, il ressort du texte clair de l'art. 8.1 CGA qu'en concluant le contrat d'assurance collective perte de gain, le preneur d'assurance s'est obligé à informer par écrit de ce droit le travailleur *qui part*, l'information devant être donnée *le dernier jour de travail au plus tard*. C'est ainsi au moment de la résiliation du contrat de travail ou durant le délai de congé qu'il doit rappeler au collaborateur concerné l'existence de son droit. Il en résulte que, dans la mesure où elle intervient quant à elle au début des rapports de travail ou même avant leur commencement, hors de tout contexte de départ du travailleur et de fin de ces rapports, une simple mention dans le contrat de travail n'est pas suffisante pour remplir cette obligation.

La défenderesse ne saurait en conséquence être suivie lorsqu'elle se prévaut de l'art. 8 let. a du contrat de travail cadre signé par le demandeur pour soutenir qu'elle a rempli son devoir d'information ressortant de l'art. 8.1 des CGA 01.2008.

3.2.2. L'employeur du demandeur n'ayant pas respecté en tant que preneur d'assurance son obligation d'informer le demandeur de son droit de passage dans l'assurance individuelle, celui-ci est resté dans l'assurance collective, comme le prévoit l'art. 8.1 des CGA 01.2008. Il est en conséquence resté couvert par celle-ci au-delà de la fin des rapports de travail intervenue le 2 septembre 2014.

4.

La défenderesse nie également le droit du demandeur à des prestations d'assurance au motif que le preneur d'assurance ne lui a pas annoncé l'incapacité de travail du demandeur, contrevenant ainsi à ses obligations ressortant des conditions générales d'assurance.

4.1. En matière d'assurance collective contre les accidents ou la maladie, l'art. 87 LCA – de nature impérative (voir art. 98 LCA) - confère un droit propre à l'assuré qu'il peut faire valoir contre l'assureur. Cette disposition institue une créance indépendante au profit de l'ayant droit, créance qui naît au moment de la survenance du cas d'assurance (BRÜLHART, Droit des assurances privées, 2<sup>ème</sup> édition 2017, p. 523 n. 1077 s.). La volonté du législateur était de protéger l'assuré contre des comportements du preneur d'assurance susceptibles de mettre en danger la prestation d'assurance (ATF 141 III 112 consid. 4.3 et les références citées). Il peut s'agir par exemple de la violation de certaines obligations en cas de sinistre, d'incombances ou d'autres obligations contractuelles ou encore de comportements frauduleux (BRÜLHART, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, *in* Le droit social dans la pratique de l'entreprise, 2006, p. 103)

Ce droit propre a pour conséquence que seul le bénéficiaire (assuré) est titulaire de la prestation d'assurance. A cet égard, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que la nature même du contrat d'assurance collective d'indemnités journalières présuppose que celle-ci soient acquittées entre les mains de l'assuré en faveur duquel il a été conclu (ATF 141 III 112 consid. 4.3 et les références citées).

4.2. Sous le titre « règles de comportement en cas de maladie », l'art. 20 des CGA 01.2008 énonce notamment ce qui suit (voir également l'art. 18 des conditions générales d'assurance, édition 05.2015, ci-après CGA 05.2015, pièce 5 du bordereau de la demande):

- Au début du contrat de travail, le preneur d'assurance (l'employeur) doit informer par écrit la personne assurée (le travailleur) de ses obligations en matière de comportement (art. 20.1).

- Lorsqu'une incapacité de travail survient, le preneur d'assurance l'annonce à B. \_\_\_\_\_ au moyen du formulaire prévu à cet effet dans les 5 jours suivant l'expiration du délai d'attente convenu, mais au plus tard après 30 jours d'incapacité de travail ininterrompue (art. 20.2).
- En cas de communication tardive, le droit aux prestations assurées prend effet à la réception de la déclaration de maladie au plus tôt. S'il a été convenu que le preneur d'assurance ou l'ayant droit subit un préjudice de droit pour cause de violation d'une obligation, ce préjudice ne se réalise pas s'il y a lieu de considérer que l'auteur de la violation n'est pas fautif compte tenu des circonstances (art. 20.3; cet article est repris partiellement sous une forme modifiée à l'art. 18.3 1<sup>ère</sup> phrase des CGA 05.2015: « en cas de communication tardive et fautive, le droit aux prestations assurées prend effet à la réception de la déclaration de maladie au plus tôt et le délai d'attente commence à ce moment »).
- Si le preneur d'assurance n'observe pas le délai de communication du cas de prestations, il assume le dommage qui en découle (art. 20.4; cet article est repris à l'art. 18.3 2<sup>ème</sup> phrase des CGA 05.2015).

4.3 En l'espèce, suite à la fin du versement des indemnités journalières de l'assurance-accidents qui lui ont été allouées du 2 juin 2014 au 18 janvier 2015, le demandeur fait valoir à partir du 21 janvier 2015, en raison d'une incapacité de travail qui a perduré au-delà de cette date, un droit à des indemnités journalières fondé sur le contrat d'assurance collective en cas de maladie conclu entre la défenderesse et son ancien employeur.

Conformément à la jurisprudence et la doctrine citées ci-dessus, pour autant que l'incapacité de gain liée à une maladie soit établie et sous réserve d'une éventuelle violation d'une obligation de diminuer le dommage (voir ci-dessous consid. 5), le demandeur dispose d'un droit propre envers la défenderesse. Ce droit prend la forme d'une créance qui est née au moment de la survenance du cas d'assurance et qui correspond aux indemnités journalières convenues dans le contrat d'assurance collective.

Certes, les règles contractuelles prévues entre la défenderesse et le preneur d'assurance, ressortant des art. 20 des CGA 01.2008 et 18 des CGA 05.2015, conditionnent la naissance du droit aux prestations assurées au respect de certaines obligations d'annonce et d'information relatives au cas d'assurance. Toutefois, compte tenu du caractère impératif de l'art. 87 LCA qui institue un droit propre de l'assuré et dont le but est justement de protéger celui-ci contre des comportements négligents ou frauduleux du preneur d'assurance, ces règles contractuelles sur lesquelles l'assuré n'a aucune prise ne sauraient lui être opposées. En effet, leur application pourrait conduire en l'espèce à constater que le preneur d'assurance, ancien employeur du demandeur, n'a pas annoncé le cas à l'assureur, violant ainsi son obligation contractuelle, avec la conséquence que le droit à des prestations n'aurait pas pris naissance. Or, c'est justement ce qu'a voulu éviter le législateur dans son intention de protéger l'assuré.

Il en résulte que le droit du demandeur à des prestations d'assurance ne saurait être nié au motif que le preneur d'assurance n'a pas annoncé l'incapacité de travail du demandeur à la défenderesse.

Quant à la question de la responsabilité du preneur d'assurance en lien avec l'éventuel dommage causé à l'assureur par cette absence d'annonce, elle ne fait pas l'objet du présent litige.

5.

Il reste à examiner si l'incapacité de travail alléguée par le demandeur fonde son droit aux prestations d'assurance qu'il sollicite.

Le demandeur, se prévalant notamment des conclusions de l'expertise judiciaire du 7 novembre 2017, affirme avoir présenté une incapacité complète de travail, due à la maladie, depuis le 18 janvier 2015, de manière ininterrompue et pour une durée indéterminée (voir notamment courrier du 20 novembre 2017). Sur cette base, il conclut au versement d'un montant de CHF 108'544.80, plus intérêts, correspondant à 728 indemnités journalières à CHF 149.10 dès le 21 janvier 2015 (voir détermination du 20 novembre 2017).

La défenderesse, se référant elle aussi à l'expertise, soutient quant à elle que le demandeur a certes été incapable de travail dans l'activité de maçon ou dans toute autre activité semblable depuis 2014, mais qu'il a eu du 30 octobre 2014 au 1<sup>er</sup> août 2015 une capacité totale de travail dans une activité adaptée. Concluant au rejet de l'action pour d'autres motifs (voir ci-dessus consid. 3 et 4), elle relève à titre subsidiaire que si elle devait par impossible verser des indemnités journalières au demandeur, celles-ci ne seraient dues que pour la période à partir du 1<sup>er</sup> août 2015 (voir détermination du 1<sup>er</sup> décembre 2017).

5.1. Les dispositions de la LCA ne contiennent pas de règles particulières relatives à l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie ou d'accident, de sorte qu'en principe, le droit aux prestations se détermine exclusivement d'après la convention des parties.

5.1.1. Les deux polices d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie produites par la défenderesse les 4 janvier 2017 et 10 janvier 2017 prévoient en cas de perte de gain due à la maladie le paiement de prestations journalières durant 730 jours, sous déduction d'un délai d'attente imputable de 2 jours par cas. Elles précisent que les indemnités journalières couvrent le 80% du salaire assuré, ce qui représente dans le cas du demandeur une indemnité de CHF 149.10 par jour en cas d'incapacité de travail totale (voir demande du 31 août 2016, p. 12).

5.1.2. L'art. 1.1 des CGA 01.2008 confirme que l'assurance couvre les conséquences économiques de maladies. A teneur de l'art. 2.5, 1<sup>ère</sup> phrase, des CGA 01.2008, on entend par maladie toute atteinte à la santé physique ou mentale qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail.

L'art. 13.3 des CGA 01.2008 définit l'incapacité de travail comme l'incapacité totale ou partielle due à une atteinte à la santé physique, intellectuelle ou psychique, d'exercer une activité professionnelle acceptable dans son ancien métier ou domaine de responsabilités. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité acceptable dans une autre profession ou un autre domaine de responsabilités est également prise en considération.

5.1.3. L'art. 13.3 2<sup>ème</sup> phrase des CGA 01.2008 peut être rapproché de l'art. 61 LCA. Cette disposition, intitulée « Obligation de sauvetage », oblige l'ayant droit à faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage.

Dans des arrêts qui concernaient comme ici une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 61 LCA était l'expression du même principe général dont le Tribunal fédéral des assurances déduisait, en matière d'assurance d'indemnités journalières soumise au droit des assurances sociales, l'obligation de l'assuré de diminuer le

dommage par un changement de profession lorsqu'un tel changement peut raisonnablement être exigé de lui, pour autant que l'assureur l'ait averti à ce propos et lui ait donné un délai adéquat. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, lorsque l'assuré doit envisager un changement de profession en regard de l'obligation de diminuer le dommage, la caisse doit l'avertir à ce propos et lui accorder un délai adéquat - pendant lequel l'indemnité journalière versée jusqu'à présent est due - pour s'adapter aux nouvelles conditions ainsi que pour trouver un emploi; dans la pratique, un délai de trois à cinq mois imparti dès l'avertissement de la caisse doit en règle générale être considéré comme adéquat (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 et les références citées).

5.2. Il a été vu ci-dessus que les parties s'accordent sur le fait que le demandeur a subi une incapacité de travail totale dès le 1<sup>er</sup> août 2015, comme cela ressort du rapport d'expertise médicale du 7 novembre 2017. L'existence d'une incapacité de travail au sens de l'art. 13.3 des CGA 01.2008 n'est dès lors plus litigieuse pour la période à compter du 1<sup>er</sup> août 2015.

Elles s'opposent par contre sur l'existence d'une telle incapacité de travail, pour l'intervalle du 19 janvier 2015 au 31 juillet 2015, la défenderesse se référant à l'expertise médicale faisant ressortir pour cette période une capacité totale de travail dans une activité adaptée, autre que l'activité d'ouvrier de la construction exercée jusqu'alors par le demandeur.

Par son argumentation, la défenderesse fait valoir l'obligation qui peut être imposée à un assuré de changer de profession afin de réduire le dommage lié à son incapacité de travail dans l'activité habituelle. Elle perd toutefois de vue qu'en l'espèce, aucun avertissement n'a été adressé au demandeur à ce propos et qu'aucun délai ne lui a été imparti pour s'adapter aux nouvelles conditions et pour trouver un emploi. Dans ces circonstances, l'existence d'une incapacité de travail au sens de l'art. 13.3 des CGA 01.2008 doit également être reconnue pour la période du 19 janvier 2015 au 31 juillet 2015.

Enfin, pour autant que cette question soit encore contestée, il doit être constaté que l'incapacité de travail subie par le demandeur est imputable à la maladie dès le 19 janvier 2015, soit le lendemain de la date à partir de laquelle l'atteinte à la santé n'a plus été reconnue comme suite de l'accident du 28 mai 2014 (voir décision de la CNA du 9 janvier 2015, partie en fait let. B. et C).

5.3 Vu ce qui précède et compte tenu du délai d'attente de 2 jours prévu par le contrat d'assurance collective, il est établi que le demandeur a subi une incapacité de travail justifiant le paiement d'indemnités journalières complètes dès le 21 janvier 2015 pour une durée de 728 jours.

En prenant pour base le montant de CHF 149.10 pour une indemnité journalière, qui n'est pas contesté par la défenderesse, le montant pour 728 jours est de CHF 108'544.80.

En ce qui concerne les intérêts moratoires, la mise en demeure envoyée le 28 juin 2016 par le demandeur n'a pas été adressée à la défenderesse, mais à l'ancien employeur. En l'absence d'autre interpellation au sens de l'art. 102 al. 1 CO, les intérêts moratoires seront en conséquence dus dès le dépôt de la demande du 1<sup>er</sup> septembre 2016, respectivement dès le 8 novembre 2016 (augmentation des conclusions en séance de débats d'instruction), puis dès le 21 novembre 2017 (réception de la détermination du 20 novembre 2017).

Le montant de CHF 108'544.80 correspondant aux conclusions de la demande, celle-ci sera admise sous la seule réserve du point de départ des intérêts moratoires. La défenderesse sera ainsi astreinte à verser ce montant au demandeur, avec intérêts à 5% sur le montant de

CHF 45'082.20 dès le 1<sup>er</sup> septembre 2016, sur le montant de CHF 25'496.10 dès le 8 novembre 2016 et sur le montant de CHF 37'966.50 dès le 21 novembre 2017.

6.

En application de l'art. 114 let. e CPC, il n'est pas perçu de frais judiciaires.

7.

7.1 Ayant obtenu gain de cause, le demandeur a droit à des dépens mis à la charge de la défenderesse (art. 106 al. 1 CPC).

Il n'y a ainsi pas lieu d'allouer à son mandataire une indemnité de défenseur d'office en application de la décision du 9 novembre 2016 d'octroi de l'assistance judiciaire (cause 608 2016 181).

7.2 Dans la présente cause, les dépens seront fixés de façon détaillée (art. 64 s. du règlement cantonal du 30 novembre 2010 sur la justice [RJ, RSF 130.11]).

En cas de fixation détaillée, l'autorité tient compte notamment du temps nécessaire à la conduite du procès dans des circonstances ordinaires ainsi que des intérêts en jeu (art. 63 al. 3 RJ). La fixation des honoraires dus à titre de dépens a lieu en principe sur la base d'un tarif horaire de CHF 250.- (art. 65 RJ). L'art. 66 al. 2 RJ énonce toutefois que dans les causes de nature pécuniaire, les honoraires fixés conformément à l'art. 65 RJ sont majorés jusqu'à un maximum de 350 %, selon une échelle dont le premier palier correspond à une majoration de 15% pour une valeur déterminante de CHF 42'000.-, ce taux progressant par tranches de CHF 1'000.- supplémentaires selon l'annexe 2 jusqu'à CHF 140'000.-, la valeur déterminante étant arrondie aux CHF 1'000.- inférieurs.

La correspondance et les communications téléphoniques nécessaires à la conduite du procès mais qui ne sortent pas du cadre d'une simple gestion administrative du dossier, notamment les lettres de transmission et les requêtes de prolongation de délai ou de renvoi d'audience, donnent exclusivement droit à un paiement forfaitaire, à titre d'honoraires, de CHF 500.- au maximum, exceptionnellement CHF 700.- (art. 67 RJ).

L'art. 68 al. 1 RJ énonce que les débours nécessaires à la conduite du procès sont en principe remboursés au prix coûtant, sous réserve de ce qui suit. L'autorité fixe forfaitairement les frais de copie, de port et de téléphone à 5 % de l'indemnité de base sans majoration (art. 68 al. 2 RJ). Pour les déplacements à l'intérieur de la localité où est située l'étude, l'indemnité aller-retour est fixée forfaitairement à CHF 30.- (art. 77 al. 4 RJ).

7.3 En l'espèce, la liste de frais produite le 26 janvier 2018 totalise 2'887 minutes, soit environ 48 heures de travail, réparties en trois périodes.

La première période s'étend du 15 juin 2016 au 26 octobre 2016. Les opérations préalables à la demande du 1<sup>er</sup> septembre 2016 paraissent en lien direct avec celle-ci et peuvent être retenues. Par ailleurs, vu également l'échange d'écritures intervenu, le temps de 1'125 minutes au tarif majoré de CHF 290.20/heure, pour un montant de CHF 5'441.25, peut être confirmé.

La deuxième période s'étend du 7 novembre 2016 au 3 octobre 2017. Compte tenu de la séance de débats d'instruction (1 heure), de la préparation de celle-ci, des échanges de déterminations qui ont suivi, des démarches préalables à l'ordonnance d'expertise du 27 avril 2017 et de celles

liées à la mise en place de l'expertise, un temps de travail total de 16 heures ou 960 minutes peut être retenu (en lieu et place des 1'362 minutes selon la liste de frais), au tarif majoré de 312.70/heure, pour un montant de CHF 5'003.20, auquel il convient d'ajouter une indemnité forfaitaire de CHF 300.- pour les opérations relevant de la gestion administrative du dossier.

La troisième période s'étend du 20 novembre 2017 au 24 janvier 2018. Compte tenu des opérations liées à l'examen du rapport d'expertise, à la détermination sur la suite de la procédure et de la séance de plaidoiries, le temps de 400 minutes au tarif majoré de CHF 346.90/heure, pour un montant de CHF 2312.65, peut être confirmé.

Les débours fixés forfaitairement s'élèvent à CHF 517.70, soit 5% de l'indemnité de base non majorée (2'485 minutes x CHF 250.-/heure x 5%). S'y ajoutent deux indemnités de déplacement de CHF 30.-, pour un total des débours de CHF 577.70.

Sur la base de ce qui précède, les dépens seront fixés à CHF 13'634.80 (5'441.25 + 5'003.20 + 300.- + 2'312.65 + 577.70), plus CHF 1'087.- au titre de la TVA (CHF 12'376.90 x 8% + 1'257.90 x 7.7%).

## **la Cour arrête:**

I. La demande est partiellement admise.

Partant, B.\_\_\_\_\_ SA est astreinte à verser à A.\_\_\_\_\_ le montant de CHF 108'544.80, avec intérêts à 5% sur le montant de CHF 45'082.20 dès le 1<sup>er</sup> septembre 2016, sur le montant de CHF 25'496.10 dès le 8 novembre 2016 et sur le montant de CHF 37'966.50 dès le 21 novembre 2017.

II. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

III. B.\_\_\_\_\_ SA est astreinte à verser à A.\_\_\_\_\_ une indemnité de partie de CHF 13'634.80, plus CHF 1'087.- de TVA.

IV. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 17 avril 2018/msu

Le Président:

La Greffière-stagiaire: