



**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 2017 60

Arrêt du 26 avril 2018

II^e Cour des assurances sociales

Composition

Président : Johannes Frölicher
Juges : Anne-Sophie Peyraud, Marc Sugnaux
Greffière-stagiaire : Laetitia Emonet

Parties

A. _____, **demandeur**, représenté par Me Daniel Känel, avocat
contre

B. _____ **SA, défenderesse**, représentée par Me Patrick Moser,
avocat

Objet

Assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale –
indemnités perte de gain en cas de maladie – question de l'existence
d'une réticence lors de la signature du contrat d'assurance collectif

Demande du 23 mars 2017

considérant en fait

A. A._____ (le demandeur), né en 1973, est unique associé gérant de la société C._____ Sàrl, fondée le 22 juillet 2013, active dans le domaine de la construction, plus spécifiquement en lien avec des travaux d'isolation, de peinture et de plâtrerie (voir extrait du registre du commerce, www.fr.ch/rc, consulté à la date de l'arrêt).

Le demandeur est également engagé par cette société qu'il dirige et où il exerce la profession de plâtrier. Selon les explications données lors d'un entretien du 4 septembre 2014 avec un collaborateur de la demanderesse (voir pièce 11 du bordereau de la demande), la société emploie cinq ouvriers. Elle effectue des travaux en sous-traitance pour plusieurs entreprises générales. Dans les faits, elle facture à celles-ci les heures de travail de ses ouvriers, le matériel étant fourni par ses clients.

Agissant au nom de sa société, le demandeur a signé le 18 octobre 2013 une proposition d'assurance préformulée par B._____ SA (la défenderesse), portant sur un contrat d'assurance collective d'indemnité journalière en cas de maladie.

B. Le demandeur allègue une incapacité de travail à cause de douleurs dorsales à partir du 29 mars 2014, à 100% jusqu'au 18 septembre 2014, puis à 50% dès le lendemain jusqu'au 10 octobre 2014. Il a ensuite repris son travail à 100%.

La déclaration de maladie a été adressée par courrier du demandeur daté du 2 juin 2014, reçu par la défenderesse le 15 août 2014. Elle portait la mention suivante comme nature de la maladie: « mal au dos, hernie ».

Par courrier du 28 janvier 2015 à la société C._____ Sàrl, la défenderesse a indiqué qu'elle refusait d'indemniser le sinistre et que le demandeur n'était à l'avenir plus couvert par le contrat d'assurance collective. Elle a invoqué pour l'essentiel que le celui-ci n'avait pas répondu de manière exacte aux questions qui lui avaient été posées lors de la conclusion du contrat d'assurance. Elle a maintenu sa position lors d'échanges de correspondance notamment avec le mandataire du demandeur.

C. Ouvrant action le 23 mars 2017 par son mandataire auprès du Tribunal cantonal, le demandeur conclut sous suite de frais et dépens au paiement par la défenderesse d'un montant de CHF 37'384.10, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2014. Ce montant correspond, pour la période du 29 mars 2014 au 10 octobre 2014, à 174 indemnités journalières complètes et à 22 demi-indemnités journalières.

D. Dans sa réponse du 19 juin 2017, la défenderesse conclut au rejet de la demande, sous suite de frais et dépens. A l'appui de sa position, elle affirme en substance qu'en répondant de manière erronée à certaines questions précises de la proposition d'assurance, en particulier en taisant le fait qu'il connaissait de longue date des problèmes de dos, puis en éludant toute référence à ses maux de dos lors d'un entretien ultérieur avec le gestionnaire de son dossier, le demandeur a commis une réticence et modifié l'appréciation initiale de son risque. En raison de cette réticence, elle était légitimée à se départir de la relation contractuelle la liant au demandeur, ce qu'elle a fait par courrier du 28 janvier 2015.

E. Par détermination spontanée du 3 juillet 2017, le demandeur indique notamment que la proposition d'assurance signée le 18 octobre 2013 avait été discutée avec une personne présentée comme la collaboratrice de la défenderesse lors d'un entretien au cours duquel le demandeur et son épouse avaient fait référence plusieurs fois aux maux de dos dont celui-là souffrait parfois.

F. Le 10 octobre 2017, les parties, assistées de leurs mandataires, comparaissent à des débats d'instruction devant le Juge délégué. Il est procédé à une tentative de conciliation qui n'aboutit pas. Les parties se déterminent ensuite sur les preuves à administrer.

G. Le 16 novembre 2017, le demandeur produit des attestations relatives aux contrats d'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie conclus par l'ancienne société du demandeur, D._____ Sàrl.

Après avoir sollicité l'audition de la personne avec laquelle la proposition d'assurance signée le 18 octobre 2013 avait été discutée, le demandeur y a renoncé par courrier du 23 novembre 2017, l'adresse de celle-ci n'ayant pas pu être retrouvée.

H. Le 30 novembre 2017, assistées de leurs mandataires, les parties comparaissent à une nouvelle séance de débats d'instruction devant le Juge délégué. Celui-ci procède à une brève tentative de conciliation qui échoue.

Est ensuite entendue en qualité de témoin E._____, épouse du demandeur. Celui-ci est quant à lui interrogé en qualité de partie. Il en est de même de F._____ en tant que représentant de la défenderesse.

La procédure probatoire est alors close et les parties plaident. Les débats sont enfin clos.

Le 4 décembre 2017 et le 12 décembre 2017, les mandataires des parties déposent leurs listes de frais.

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^e 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^{er} 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^e Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal.

Il en résulte que la II^e Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer dans la présente cause. La demande du 1^{er} 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).

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 d'assurance en lien avec les conditions générales d'assurance édition 7/2010, pièces 5 et 1 du bordereau du demandeur).

3.

Le litige porte essentiellement sur l'existence d'une éventuelle réticence commise au moment de la conclusion d'un contrat d'assurance collective d'indemnité journalière perte de gain par la société C._____ Sàrl, agissant par le demandeur, unique associé gérant de celle-ci.

3.1. Selon l'art. 4 LCA, le proposant doit déclarer par écrit à l'assureur suivant un questionnaire ou en réponse à toutes autres questions écrites, tous les faits qui sont importants pour l'appréciation du risque, tels qu'ils lui sont ou doivent être connus lors de la conclusion du contrat (al. 1). Sont importants tous les faits de nature à influencer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues (al. 2). Sont réputés importants les faits au sujet desquels l'assureur a posé par écrit des questions précises, non équivoques (al. 3).

L'art. 6 al. 1 LCA énonce, sous le titre « réticence, ses conséquences », la règle générale suivante: Si celui qui avait l'obligation de déclarer a, lors de la conclusion du contrat, omis de déclarer ou inexactly déclaré un fait important qu'il connaissait ou devait connaître (réticence), et sur lequel il a été questionné par écrit, l'assureur est en droit de résilier le contrat; il doit le faire par écrit. La résiliation prend effet lorsqu'elle parvient au preneur d'assurance.

3.1.1. Les faits qu'il faut déclarer sont non seulement ceux qui peuvent constituer une cause de risque, mais aussi ceux qui permettent de supposer l'existence d'une cause de risque; en revanche, le preneur n'a pas à annoncer des faits au sujet desquels il n'est pas interrogé. La question posée par l'assureur doit être formulée par écrit et être rédigée de manière précise et non équivoque. Le proposant doit répondre de manière véridique aux questions telles qu'il peut les comprendre de bonne foi; on ne saurait dire qu'il y a réponse inexacte si la question était ambiguë, de telle sorte que la réponse donnée apparaît véridique selon la manière dont la question pouvait être comprise de bonne foi par le proposant (ATF 136 III 334 consid. 2.3; ATF 134 III 511 consid. 3.3.2 et 3.3.4; arrêt TF 4A_25/2017 du 29 mars 2017 consid. 2.1).

3.1.2. Pour qu'il y ait réticence, il faut, d'un point de vue objectif, que la réponse donnée à la question ne soit pas conforme à la vérité, par omission ou inexactitude; la réticence peut consister

à affirmer un fait faux, à taire un fait vrai ou à présenter une vision déformée de la vérité. D'un point de vue subjectif, la réticence suppose que le proposant connaissait ou aurait dû connaître la vérité (voir art. 4 al. 1 et art. 6 al. 1 LCA). Le proposant doit déclarer non seulement les faits qui lui sont connus sans autre réflexion, mais aussi ceux qui ne peuvent lui échapper s'il réfléchit sérieusement à la question posée (ATF 136 III 334 consid. 2.3; 134 III 511 consid. 3.3.3; arrêt TF 4A_25/2017 du 29 mars 2017 consid. 2.1).

3.1.3. Pour entraîner les effets de la réticence, il faut encore que la réponse inexacte porte sur un fait important pour l'appréciation du risque (art. 4 al. 1 et art. 6 al. 1 LCA). Sont importants tous les faits de nature à influencer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues (art. 4 al. 2 LCA). Pour faciliter le processus décisionnel, l'art. 4 al. 3 LCA présume que le fait est important s'il a fait l'objet d'une question écrite de l'assureur, précise et non équivoque.

En prenant en considération toutes les circonstances du cas d'espèce et en se livrant à une appréciation objective fondée sur le principe de la bonne foi, il faut se demander si l'assureur, dans l'hypothèse où la vérité lui aurait été dite, n'aurait pas conclu le contrat ou ne l'aurait pas conclu aux mêmes conditions (ATF 136 III 334 consid. 2.4; 134 III 511 consid. 3.3.4; arrêt TF 4A_25/2017 du 29 mars 2017 consid. 2.1).

3.1.4. Les effets de la réticence sont lourds pour l'ayant droit, du moment que l'assureur est en droit de résilier le contrat (art. 6 al. 1 LCA). Non seulement l'assureur n'est plus lié pour l'avenir, mais il peut encore refuser sa prestation pour un sinistre déjà survenu et obtenir le remboursement de la prestation qu'il a accordée pour un tel sinistre, lorsque le fait qui a été l'objet de la réticence a influé sur la survenance ou l'étendue du sinistre (art. 6 al. 3 LCA).

Sous le titre « assurance collective », l'art. 7 LCA ajoute que lorsque le contrat est relatif à plusieurs choses ou à plusieurs personnes et que la réticence n'a trait qu'à quelques-unes de ces choses ou de ces personnes, l'assurance reste en vigueur pour les autres, s'il résulte des circonstances que l'assureur les aurait assurées seules aux mêmes conditions.

3.2. En l'espèce, représentant en tant qu'unique associé gérant la société qui l'emploie, le demandeur a signé le 18 octobre 2013 à l'attention de la défenderesse une proposition préformulée portant sur une assurance collective d'indemnité journalière en cas de maladie. Il a répondu comme suit aux questions de la proposition:

- Existe-t-il une police LPP auprès de B._____ ? *Oui*
- Auprès de quel assureur l'assurance LAA est-elle souscrite ? *B._____*
- [...]
- Quel délai d'attente était convenu pour la rente d'invalidité LPP ? *24 mois*
- Existe ou existait-il une assurance collective d'indemnité journalière en cas de Maladie pour les personnes à assurer ? *Non*

- Concernant une assurance similaire, une autre société a-t-elle soumis (la conclusion) ou la poursuite du contrat à des conditions restrictives ? *Non*
- Parmi les personnes à assurer, y a-t-il des personnes qui touchent une rente ? *Non*
- Parmi les personnes à assurer, y a-t-il des personnes qui ne sont que partiellement incapables de travailler ? *Non*

- Parmi les personnes à assurer, y a-t-il des personnes souffrant d'une maladie qui peut provoquer une incapacité de travail de plus de 30 jours ? *Non*
- Une proposition a-t-elle été refusée par B. _____ ou un autre assureur pour les personnes à assurer ? *Non*

Le 4 novembre 2013, la défenderesse a reçu la proposition et établi une assurance collective d'indemnité perte de gain en cas de maladie couvrant l'ensemble du personnel de la société C. _____ Sàrl, pour un salaire global annoncé de CHF 389'000.-.

3.2.1. La défenderesse reproche plus particulièrement au demandeur de ne pas avoir signalé l'existence de ses problèmes de dos – et des incapacités de travail y relatives – en réponse à l'avant-dernière question reproduite ci-dessus.

A cet égard, les éléments médicaux suivants peuvent être retenus:

- Le 22 septembre 2013, le demandeur s'est rendu à la consultation des urgences de G. _____. Selon le rapport établi à cette occasion (pièce 17 du bordereau de la demande), le diagnostic principal était une lombosciatalgie droite non-déficitaire et un traitement par antalgiques et myorelaxants a été prescrit. Une incapacité de travail a été attestée pour la période du 22 septembre 2013 au 2 octobre 2013, avec une reprise du travail à 100% dès le 3 octobre 2013.

Ce rapport fait également état d'un patient connu pour des lombalgies chroniques qui présente une péjoration des douleurs depuis 48 heures avec irradiation dans le membre inférieur droit accompagnée de paresthésies intermittentes jusqu'au pied, surtout sur la face latérale de la jambe. Sous le titre « comorbidités », il mentionne que des douleurs lombaires chroniques ont été investiguées il y a 10 ans en précisant entre parenthèses « pas de hernie discale ». Il précise que le status ne met pas de déficit neurologique en évidence et que le patient consultera son médecin traitant pour un contrôle clinique en cas de persistance des douleurs.

- Une incapacité de travail à 100% pour raison de maladie est ensuite attestée pour la période du 29 mars 2014 au 18 septembre 2014. Cette incapacité est réduite à 50% du 19 septembre 2014 au 10 octobre 2014, puis la capacité de travail est à nouveau de 100% (voir certificats d'incapacité de travail, pièce 7 du bordereau de la demande).

Selon le rapport établi le 19 novembre 2014 à l'attention de la défenderesse par Dr H. _____, médecin assistant auprès de la clinique de rhumatologie de G. _____ (pièce 8 du bordereau de la demande), le diagnostic est une lombosciatique S1 à droite sur hernie discale LS-S1 avec conflit sur la racine S1. Il est précisé que cette affection s'est manifestée sous la forme de lombosciatalgies dès septembre 2013, en aggravation progressive.

Le rapport établi par le même médecin le 9 octobre 2014, également signé par PD Dr I. _____, médecin-chef (pièce 10 du bordereau de la demande), fait état du même diagnostic et, dans l'anamnèse, relève que lors du rendez-vous du 30 septembre 2014, le patient s'est plaint de lombalgies mécaniques depuis environ dix ans et de l'apparition de lombosciatalgies intermittentes depuis septembre 2013, devenant plus aiguës par intermittence et entraînant des arrêts de travail dans son métier de plâtrier. Il mentionne une IRM effectuée en avril 2014 qui a démontré la présence d'une hernie discale L5-S1 luxée vers le bas en conflit avec la racine S1 droite. Il relève également que des infiltrations périurales ont été effectuées le 13 juin 2014 et le 27 août 2014 et que l'évolution a été clairement favorable avec quelques douleurs intermittentes au niveau lombaire.

- Une nouvelle consultation a eu lieu le 23 décembre 2014 auprès de Dr J._____, spécialiste FMH en médecine interne, pour une récurrence de lombosciatalgies droites hyperalgiques, non-déficientes. Dans son rapport établi le 19 janvier 2015 à l'attention de la défenderesse (pièce 9 1^{ère} page du bordereau de la demande), ce médecin relève que le patient avait déjà présenté un épisode semblable à fin 2013, qu'il a été suivi par la clinique de rhumatologie de G._____ et qu'il est venu à sa consultation une fois en contrôle le 30 avril 2014. Il conclut en mentionnant qu'une nouvelle IRM datant du 8 janvier 2015 montre une hernie discale paramédiane droite en L5-S1 avec un fragment luxé vers le bas, refoulant la racine S1 à droite, et qu'une intervention était prévue pour le 2 février 2015;
- Dans son rapport du 22 février 2016 établi sur requête du mandataire du demandeur (pièce 9 2^{ème} page du bordereau de la demande), Dr J._____ confirme les éléments qui précèdent. Il ajoute que son patient a présenté des épisodes de douleurs lombaires irradiant dans les jambes depuis plusieurs années, symptômes qu'il attribuait à des contractures musculaires consécutives à l'exercice de sa profession. Il précise encore que le diagnostic d'une lombosciatalgie due à une hernie discale L5-S1 n'a été posé qu'au mois d'avril 2014 après la réalisation d'une IRM lombaire et que l'affection en cause a été prise en charge par la clinique de rhumatologie de G._____.
- Dans son rapport du 7 janvier 2016, Dr K._____, spécialiste FMH en médecine interne, médecin-conseil de la défenderesse (pièce 136 du bordereau de la réponse), se réfère en particulier au rapport précité du 9 octobre 2014 de la clinique de rhumatologie de G._____. Il en fait ressortir que le demandeur souffre de lombalgies mécaniques depuis dix ans et de lombosciatalgies intermittentes depuis septembre 2013, entraînant des arrêts de travail dans son métier de plâtrier.

Il poursuit en relevant que le demandeur a conclu un contrat d'assurance en sachant qu'il souffrait dès septembre 2013 d'une exacerbation de lombalgies, connues depuis dix ans auparavant. Il ne fait selon lui aucun doute que si cette affection avait été mentionnée, elle aurait fait l'objet d'une réserve intitulée « les affections dorso-lombaires et leurs suites ». En effet, la symptomatologie présente et les antécédents faisaient avec vraisemblance supposer une rechute pouvant entraîner une incapacité de travail supérieure à 30 jours.

Enfin, le médecin-conseil ajoute que l'affection apparue en septembre 2013 est la même que l'affection à l'origine de l'incapacité de travail dès mars 2014.

Les déclarations du demandeur et de son épouse, entendue comme témoin, apportent l'éclairage suivant sur les éléments médicaux précités:

- lors de son audition, interrogée sur les circonstances de la conclusion du contrat d'assurance, l'épouse du demandeur a indiqué qu'en lien avec l'avant-dernière question du questionnaire, elle a indiqué à la mandataire qui lui présentait le formulaire que son mari avait parfois mal au dos, qu'il pouvait être arrêté une dizaine de jours, peut-être sept ou douze, et qu'il reprenait ensuite (voir également sur ce point la détermination spontanée du 3 juillet 2017, pièce 8 du dossier judiciaire). Il n'y avait par contre jamais eu d'incapacité de travail de l'ordre de trois semaines ou un mois. Elle a précisé que son mari pouvait passer une semaine sans aucune incapacité de travail, puis subir une telle incapacité, aller de nouveau mieux, avoir une nouvelle incapacité trois mois plus tard, et encore une fois trois mois plus tard, et par la suite passer une année entière à nouveau sans arrêt de travail. Elle a ajouté que les médecins leur avaient toujours parlé de lombalgies en leur faisant comprendre que c'était normal dans ce genre d'activité.

- Lors de son interrogatoire, le demandeur a quant à lui indiqué qu'il ne s'en rappelait pas précisément mais qu'avant l'opération, il lui était peut-être arrivé d'être incapable de travailler à trois reprises, entre cinq et dix jours au maximum.

Quant à l'interrogatoire du représentant de la défenderesse, il fait ressortir en particulier que lors de l'entretien du 4 septembre 2014 (pièce 11 du bordereau de la demande), le demandeur a répondu évasivement aux questions concernant ses maux de dos et leur traitement avant et après la conclusion du contrat d'assurance litigieux.

3.2.2. Il ressort de ce qui précède qu'au moment où il a signé la proposition d'assurance collective au nom de sa société, soit le 18 octobre 2013, le demandeur devait être conscient qu'il souffrait de douleurs au dos chroniques. Ces douleurs avaient par ailleurs eu pour conséquence plusieurs incapacités de travail comprises entre sept et douze jours, la dernière de ces incapacités étant survenue très peu de temps avant la signature de la proposition d'assurance, du 22 septembre 2013 au 2 octobre 2013, soit onze jours. Le demandeur devait dès lors savoir que de telles incapacités de travail liées à ses maux de dos étaient susceptibles de se reproduire à l'avenir.

Par contre, à la date du 18 octobre 2013, le demandeur n'avait pas connaissance du fait qu'il souffrait désormais d'une éventuelle d'une hernie discale. Au contraire, à sa sortie de la consultation au service des urgences le 22 septembre 2013, le diagnostic était uniquement celui d'une lombosciatalgie droite qui pouvait s'inscrire dans la ligne des douleurs lombaires chroniques irradiant dans les jambes qu'il avait connues épisodiquement depuis plusieurs années. D'ailleurs, aucune IRM n'a été réalisée. Seul un traitement par antalgiques et myorelaxants lui a été prescrit et il a pu reprendre son activité professionnelle à 100% douze jours plus tard, sans qu'il soit nécessaire qu'il consulte à nouveau un médecin. Ce n'est qu'en avril 2014, suite à un nouvel épisode de douleurs et de nouveaux examens, que l'existence d'une hernie discale a été révélée par IRM et qu'une incapacité de travail de plusieurs mois est survenue.

A cet égard, contrairement à ce que semble affirmer le médecin conseil de la défenderesse, on ne saurait retenir que le demandeur souffrait dès septembre 2013 d'une exacerbation des lombalgies qu'il connaissait depuis dix ans et que l'affection apparue en septembre 2013 était la même que celle à l'origine de l'incapacité de travail dès mars 2014. Au contraire, tant du point de vue du demandeur qu'à l'examen objectif des documents médicaux établis par les médecins l'ayant soigné jusqu'à la consultation du 22 septembre 2013, l'épisode douloureux de septembre 2013 ne constituait pas en lui-même une aggravation de son état de santé. Le fait qu'il ait pu être jugulé par un traitement par médicaments antidouleurs et myorelaxants et par un arrêt de travail de onze jours sans autres examens va également dans ce sens.

3.2.3. Il reste à déterminer si, compte tenu de son état de santé, le demandeur aurait dû donner une autre réponse que « non » à l'avant-dernière question formulée dans le questionnaire de proposition d'assurance, par laquelle la défenderesse demandait si parmi les personnes à assurer, il y avait des personnes souffrant d'une maladie qui pouvait provoquer une incapacité de travail de plus de trente jours.

A la lecture de cette question, il apparaît d'emblée qu'elle n'impose pas au proposant de donner une réponse positive dans tous les cas où une des personnes à assurer souffre d'une maladie. Il faut encore que cette maladie puisse provoquer une incapacité de travail et, de plus, que cette incapacité de travail puisse durer plus de trente jours. En effet, si la défenderesse avait souhaité

l'annonce de toutes les personnes souffrant d'une maladie susceptible d'entraîner une quelconque incapacité de travail, même inférieure à 30 jours, voire toutes les personnes souffrant d'une maladie quelle qu'elle soit, elle n'aurait pas ajouté ces deux conditions supplémentaires.

En formulant sa question de telle façon, la défenderesse évite l'annonce de nombreuses personnes souffrant de maladies qui ne sont pas déterminantes pour l'appréciation de son risque, compte tenu en particulier du délai d'attente de 30 jours convenu contractuellement avec le preneur d'assurance. Elle s'épargne ainsi un temps non négligeable qu'elle devrait consacrer à des investigations complémentaires pour chaque personne annoncée.

La contrepartie de cet avantage est que la défenderesse doit se contenter des annonces relatives aux personnes souffrant de maladies qui peuvent provoquer une incapacité de travail de plus de trente jours et qu'elle ne peut pas exiger des postulants qu'ils annoncent toutes les personnes souffrant d'une maladie, voire toutes les personnes souffrant d'une maladie qui peut provoquer une incapacité de travail inférieure à 30 jours. Cela découle également de la règle jurisprudentielle selon laquelle le preneur doit certes déclarer tant les faits qui peuvent constituer une cause de risque, que ceux qui permettent de supposer l'existence d'une cause de risque, mais pas les faits au sujet desquels il n'est pas interrogé.

3.2.4. Il a été vu ci-dessus que la situation du recourant en date du 18 octobre 2013 était celle d'une personne travaillant comme plâtrier qui ressentait des douleurs chroniques au dos causant épisodiquement depuis une dizaine d'années des incapacités de travail de sept à douze jours et qui attribuait celles-ci à des contractures musculaires consécutives à l'exercice de sa profession.

Dans ces conditions, compte tenu du fait que l'affection dont il souffrait au moment où il a signé la proposition d'assurance paraissait être objectivement d'une gravité somme toute relative – les médecins la présentant comme usuelle dans la profession de plâtrier – et qu'elle n'avait pas causé d'incapacité de travail supérieure à une douzaine de jours durant les dix dernières années, il ne peut être reproché au demandeur de ne pas s'être annoncé en tant que personne souffrant d'une maladie qui pouvait provoquer « une incapacité de travail de plus de trente jours ».

En effet, d'un point de vue objectif, les éléments médicaux connus au moment de la conclusion du contrat ne permettaient pas de conclure à l'existence d'une aggravation de la situation existant depuis dix ans et n'ayant jamais entraîné jusqu'alors une incapacité de travail au-delà d'une douzaine de jours. Quant au point de vue subjectif, on ne voit pas comment, même en réfléchissant sérieusement à la question posée, le demandeur aurait pu connaître ou même supposer que son état de santé était par hypothèse plus grave que ce qui a été constaté par ses médecins peu avant le moment de la conclusion du contrat.

Le demandeur a ainsi répondu conformément à la vérité à la question posée et l'existence d'une réticence au sens de l'art. 6 LCA est en conséquence exclue, sans qu'il y ait encore besoin d'examiner la portée des déclarations de l'épouse du demandeur à teneur desquelles la mandataire de la défenderesse lui a indiqué lors de la signature de la proposition d'assurance que des incapacités de travail d'une dizaine de jours ne devaient pas être mentionnées en réponse à la question litigieuse (voir procès-verbal du 30 novembre 2017 p. 2).

Les constats que l'état de santé du recourant s'est aggravé après la conclusion du contrat, que l'existence d'une hernie discale a été diagnostiquée un peu moins de six mois plus tard et qu'une longue incapacité de travail a résulté de cette aggravation ne changent rien à cette conclusion.

3.3. L'absence de réticence commise par le demandeur lorsqu'il a conclu au nom de sa société le contrat d'assurance collectif litigieux n'est pas non plus remise en question par les autres arguments de la défenderesse.

3.3.1. Entre autres arguments, la défenderesse affirme que les questions posées avaient pour but de permettre à la défenderesse de se déterminer en toute connaissance de cause sur le risque à assurer et qu'en l'occurrence les réponses fournies ne rendaient compte d'aucune affection antérieure et permettaient de conclure à une excellente santé ainsi qu'à une capacité de travail totale (voir réponse p. 5).

Un tel raisonnement perd de vue la règle déjà rappelée ci-dessus selon laquelle le preneur doit certes déclarer tant les faits qui peuvent constituer une cause de risque que ceux qui permettent de supposer l'existence d'une cause de risque, mais pas les faits au sujet desquels il n'est pas interrogé. Or, en l'espèce, dans son formulaire de proposition d'assurance, la défenderesse a uniquement demandé si, parmi les personnes à assurer, il y avait des personnes qui touchaient une rente, des personnes qui n'étaient que partiellement [in]capables de travailler ou encore des personnes souffrant d'une maladie qui pouvaient provoquer une incapacité de travail de plus de 30 jours. En se limitant à ces questions, elle ne pouvait pas attendre du preneur d'assurance qu'il annonce toutes les personnes qui ne souffraient d'« aucune affection antérieure », toutes celles qui ne jouissaient pas d'une « excellente santé » ou encore toutes celles qui avaient subi des incapacités de travail de quelques jours durant les derniers mois ou dernières années.

3.3.2. La défenderesse relève également que l'incapacité de travail du demandeur à partir du 29 mars 2014 n'a été annoncée que tardivement, soit par formulaire daté du 2 juin 2014 et reçu le 15 août 2014 (voir réponse p. 6).

Dans un courrier du 25 août 2014, la société du demandeur (voir pièce 105 du bordereau de la réponse) donne les explications suivantes à cet égard: « *Concernant l'envoi tardif du sinistre: la personne qui s'occupait du bureau n'a malheureusement pas fait les choses correctement. En voyant que aucune prestation ne suivait nous avons cherché le problème et avons constaté que le sinistre n'avait pas été envoyé. Elle dit avoir signalé le cas par téléphone à deux reprises et croyait que c'était en ordre.* ». Puis lors de l'entretien du 4 septembre 2014 avec un collaborateur de la défenderesse, le demandeur a déclaré d'abord que sa nièce avait téléphoné deux fois au mois d'avril 2014 puis, après réflexion, qu'il croyait que son épouse avait appelé une fois et sa nièce une autre fois.

Quoi qu'il en soit de la date effective à laquelle l'incapacité de travail survenue le 29 mars 2014 a été annoncée, il faut admettre que cette date ne constitue pas un critère déterminant pour conclure à l'existence ou non d'une réticence au moment de la conclusion du contrat.

3.3.3. La défenderesse invoque encore un manque de collaboration du demandeur lors de l'entretien avec son collaborateur le 4 septembre 2014. Il est en particulier reproché à celui-là d'avoir indiqué que ses douleurs au dos remontaient au mois de février 2014, en taisant le fait qu'il avait souffert de maux de dos notamment en septembre 2013 et auparavant.

La troisième question posée au demandeur lors de l'entretien du 4 septembre 2014 est formulée comme suit: « *Quelle est la nature de votre affection, quand et comment s'est-elle manifestée* ». Quant à la réponse ressortant du procès-verbal, elle est assez détaillée. Ses premières phrases sont les suivantes: « *Il s'agit d'une hernie discale L5-S1, ainsi que d'une sciatique extérieure.*

J'ai commencé à souffrir au mois de février. J'ai commencé à avoir mal au dos. Je me suis auto-médicamenté à raison de plusieurs Dafalgan par jour. Les douleurs n'ont pas passé. Dès lors je me suis rendu à G._____ dans le courant du mois de mars, sauf erreur en fin de semaine, un jeudi. Lors d'une première consultation, aucune radio n'a été faite. Le médecin m'ayant reçu m'a parlé d'un éventuel faux mouvement. Il m'a été prescrit des médicaments, soit du Tramal à raison de trois fois par jour, ainsi du Sirdalud, également trois fois par jour. [...]. »

A la lecture du procès-verbal de l'entretien du 4 septembre 2014, il n'apparaît à tout le moins pas exclu que le demandeur ait compris que cette question portait sur l'affection qui était actuelle au moment de l'entretien, à savoir les lombosciatalgies associées à la hernie discale diagnostiquée en avril 2014 et qu'il ait ainsi répondu de bonne foi que les douleurs liées à cette affection étaient apparues en février 2014.

Quoi qu'il en soit, à l'image de ce qui a été retenu ci-dessus en lien avec le moment de l'annonce de l'incapacité de travail, l'éventualité de réponses incomplètes données lors de l'entretien du 4 septembre 2014 ne constitue en soi pas non plus un critère déterminant pour conclure à l'existence ou non d'une réticence au moment de la conclusion du contrat environ une année plus tôt.

3.4. En l'absence de réticence au sens de l'art. 6 LCA, la demanderesse ne pouvait se fonder sur ce motif ni pour se départir valablement de la relation contractuelle la liant au demandeur en tant que bénéficiaire de l'assurance collective, ni pour refuser d'indemniser le sinistre lié à l'incapacité de travail survenue à partir du 29 mars 2014.

4.

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

Le demandeur, se prévalant notamment de certificats médicaux non remis en cause par d'autres éléments au dossier, affirme avoir subi une incapacité de travail pour cause de maladie à partir du 29 mars 2014, à 100% jusqu'au 18 septembre 2014, puis à 50% dès le lendemain jusqu'au 10 octobre 2014.

4.1. 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.

4.2. Datée du 4 novembre 2013, la police d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie produite par le demandeur (pièce 5 du bordereau de la demande) couvre l'ensemble du personnel du preneur d'assurance et prévoit en cas de maladie le versement d'une indemnité journalière correspondant à 80% du salaire pendant 730 jours, sous déduction d'un délai d'attente de 30 jours.

4.2.1. Vu ce qui précède et compte tenu du délai d'attente de 30 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 28 avril 2014, soit le 31^{ème} jour à compter du 29 mars 2014, jusqu'au 18 septembre 2014 (144 indemnités), puis le paiement d'indemnités journalières à 50% du 19 septembre 2014 au 10 octobre 2014 (22 indemnités à 50%).

4.2.2. Eu égard au doute existant quant à la date effective à laquelle l'incapacité de travail survenue le 29 mars 2014 a été annoncée (voir ci-dessus consid. 3.3.2), se pose la question de la prise en compte de l'art. H.2.1 des conditions générales d'assurance édition 07/2010 précitées (consid. 2). Il en ressort en effet que « *lorsque survient un cas d'assurance susceptible d'entraîner le paiement de prestations* », « *le preneur d'assurance ou l'ayant droit est tenu d'en informer B._____ dans les 30 jours qui suivent la survenance de l'incapacité de travail, mais au plus tard 5 jours après l'expiration du délai convenu* » et que « *si la communication parvient à B._____ plus de trois mois après la fin du délai d'attente, les prestations ne sont versées qu'à partir de la date de la déclaration, l'incapacité de travail présentée jusqu'alors étant prise en compte pour la durée des prestations* ».

Il faut toutefois relever d'emblée que, même si les conditions générales d'assurance édition 07/2010 figurent au dossier, la défenderesse, assistée d'un mandataire professionnel, n'a pas allégué cette disposition contractuelle ou même seulement son contenu et qu'elle n'a pas non plus indiqué en quoi elle entendait en déduire un droit, ni dans ses écritures, ni par une dictée au procès-verbal. Cette absence d'allégation n'a ainsi pas permis au demandeur d'émettre une contestation efficace à l'égard de cet élément de fait. En conséquence, étant rappelé que la maxime inquisitoire sociale applicable en l'espèce (ci-dessus consid. 1.2) ne libère pas les parties de la charge d'alléguer les faits et de proposer leurs moyens de preuve et qu'elle ne fait pas du juge l'avocat des parties, au risque de fausser l'équilibre du débat judiciaire et d'en détruire l'équilibre (voir BOHNET, CPC annoté 2016, art. 247 n. 2 et la jurisprudence citée), l'art. H.2.1 des conditions générales d'assurance édition 07/2010 ne sera pas pris en considération.

4.3. En prenant pour base le montant de CHF 199.45 pour une indemnité journalière (salaire mensuel brut soumis à l'AVS de CHF 7'000.- selon décomptes mensuels de salaire produits au dossier x 13 mensualités / 365 jours x taux de 80%), le montant pour 144 indemnités complètes est de CHF 28'720.80 et le montant pour 22 indemnités à 50% est de CHF 2'193.95, soit une somme totale de CHF 30'914.75.

4.4. Le demandeur sollicite le paiement d'intérêts moratoires à compter de la « date moyenne » du 1^{er} juillet 2014. En l'absence d'interpellation au sens de l'art. 102 CO, la créance d'indemnités journalières n'était pas encore exigible à cette date, de telle sorte qu'il convient de faire débiter le cours des intérêts moratoires dès le dépôt de la demande munie de conclusions chiffrées, soit le 23 mars 2017.

4.5. La demande sera ainsi partiellement admise et la défenderesse astreinte à verser la somme de CHF 30'914.75 au demandeur, avec intérêts à 5% dès le 23 mars 2017.

5.

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

6.

6.1. Le demandeur a obtenu raison tant sur le principe de l'inexistence d'une réticence que sur la très grande partie des indemnités auxquelles il concluait. Ayant ainsi presque entièrement gain de cause, il a droit une indemnité pour ses dépens, mise à la charge de la défenderesse (art. 106 al. 1 CPC).

6.2. Dans la présente cause, les dépens seront fixés de façon détaillée (art. 64 s. du règlement fribourgeois 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).

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).

6.3. En l'espèce, la liste de frais produite le 12 décembre 2017 comprend de nombreuses opérations effectuées entre le 7 décembre 2015 et le 22 décembre 2016 qui sont ainsi largement antérieures à la rédaction et au dépôt de la demande du 23 mars 2017. Totalisant 363 minutes, ces opérations doivent être écartées. La liste de frais fait également ressortir un nombre important d'opérations concernant la simple gestion administrative du dossier, pour lesquelles une indemnité forfaitaire de CHF 200.- sera allouée. Quant aux autres opérations du dossier, en particulier celles relatives à la rédaction de la demande, aux deux séances de débats d'instruction et aux déterminations subséquentes, elles peuvent être admises à concurrence de 13 heures de travail, soit CHF 3'250.- au tarif de CHF 250.-/heure. S'y ajoutent deux indemnités de déplacement de CHF 30.- et des débours de CHF 172.50 (5% de CHF 3'550.-), pour un total de CHF 3'682.50 (3'250.- + 200.- + 60.- + 172.50).

L'indemnité due au demandeur pour ses dépens sera ainsi fixée à CHF 3'682.50, plus CHF 294.60 au titre de la TVA (8% de CHF 3'682.50).

(dispositif en page suivante)

la Cour arrête:

- I. La demande est partiellement admise.
Partant, B._____ SA est astreinte à verser à A._____ le montant de CHF 30'914.75, avec intérêts à 5% dès le 23 mars 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 3'682.50, plus CHF 294.60 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 26 avril 2018/msu

Le Président :

La Greffière-stagiaire :