



---

4A\_309/2021

**Arrêt du 18 janvier 2022**  
**Ire Cour de droit civil**

---

Composition

Mmes les Juges fédérales  
Hohl, Présidente, Kiss et May Canellas.  
Greffière : Mme Godat Zimmermann.

---

Participants à la procédure

**A.** \_\_\_\_\_ **SA,**

recourante,

**contre**

**B.** \_\_\_\_\_,

représenté par Me Alain Ribordy, avocat,  
intimé.

---

Objet

assurance perte de gain en cas de maladie (LCA),

recours contre l'arrêt rendu le 9 avril 2021 par la  
II<sup>e</sup> Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal  
de l'État de Fribourg (608 2019 321).

## **Faits :**

### **A.**

**A.a** B.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le demandeur) a travaillé comme peintre en bâtiment. A partir du 31 août 2017, il a notamment été engagé par C.\_\_\_\_\_ SA (ci-après : l'employeuse), entreprise de location de services et de placement fixe de travailleurs, pour plusieurs missions temporaires auprès de D.\_\_\_\_\_ SA, entreprise active dans les domaines de la gypserie, de la peinture et de la plâtrerie. Ces contrats de travail ont porté successivement sur des périodes de trois mois au maximum, à partir du 31 août 2017, du 17 janvier 2018, du 20 juin 2018, du 13 décembre 2018 et du 15 janvier 2019, la dernière mission ayant pris fin le 14 avril 2019.

**A.b** Le demandeur était assuré auprès de A.\_\_\_\_\_ SA (ci-après : 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 avec l'employeuse.

L'art. 11 ch. 2 des conditions générales d'assurance (CGA, édition 2012) liées à ce contrat d'assurance énonce ce qui suit:

" La couverture d'assurance de l'assuré considéré individuellement commence au jour de l'entrée en vigueur de son contrat de travail conclu avec l'entreprise assurée, mais au plus tôt à la date du début du contrat mentionnée dans ce dernier. Si, toutefois, la personne se trouve dans l'incapacité totale ou partielle de commencer son travail, l'assurance n'entre en vigueur qu'à compter du jour où elle a retrouvé sa capacité complète de travailler au taux d'occupation convenu. Les personnes frappées d'emblée d'une incapacité de travail ou de gain ne sont assurées que dans les limites de leur capacité résiduelle de travail, respectivement de gain. "

Selon l'art. 13 des CGA, si la personne assurée se trouve dans l'incapacité de travailler et que celle-ci est attestée médicalement, l'assureur verse, dans la mesure où ladite incapacité est totale, l'indemnité journalière convenue dans le contrat, toutefois au maximum jusqu'à concurrence de la perte de gain établie (al. 1). En cas d'incapacité de travail partielle égale ou supérieure à 25 %, l'indemnité journalière est versée proportionnellement au degré de ladite incapacité (al. 2).

L'incapacité de travail est définie à l'art. 7 al. 2 des CGA comme toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de la personne assurée à

accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé d'elle, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique (art. 6 LPGa).

**A.c** Le demandeur s'est trouvé en incapacité de travail en raison d'une hernie discale pendant une mission qu'il exécutait auprès de D. \_\_\_\_\_ SA. Il a subi une opération chirurgicale le 5 mars 2018.

La défenderesse lui a versé des indemnités journalières du 29 janvier au 20 juin 2018.

**A.d** Par contrat du 22 mai 2019, le demandeur a été engagé par l'employeuse pour une mission temporaire de durée indéterminée cette fois-ci auprès de E. \_\_\_\_\_ SA, société également active dans le domaine de la peinture, de la tapisserie et de la gypserie.

Le travail devait débiter le 23 mai 2019.

**A.e** Le premier jour de cet engagement, le demandeur a interrompu son travail et s'est rendu au service des urgences de l'hôpital cantonal. Une incapacité de travail de 100 % a été attestée. Le 17 juillet 2019, il a subi une spondylodèse L5-S1 en raison d'une hernie récidivante, dans les suites de l'opération du 5 mars 2018.

**A.f** La défenderesse a versé des indemnités journalières pour la période du 23 mai 2019 au 14 juillet 2019. Puis, par courrier du 17 septembre 2019, après avoir reçu une copie du contrat de mission du 22 mai 2019 et d'un certificat médical attestant une incapacité de travail du 23 mai au 28 mai 2019, elle a indiqué au demandeur qu'elle ne pourrait lui verser de prestations, car son état de santé ne lui permettait pas de prendre une activité professionnelle le 23 mai 2019, de sorte qu'il n'était pas couvert par ses conditions d'assurance.

**B.**

Par demande du 6 décembre 2019, l'assuré a conclu – selon le dernier état de ses conclusions – au paiement par la défenderesse d'un montant de 46'243 fr. avec intérêts. Il a fait valoir en substance qu'il était entièrement capable de travailler au moment où il a débuté la mission le 23 mai 2019, qu'il avait commencé à travailler ce jour-là à 6 h 45 et que, durant la matinée, il avait ressenti de vives douleurs dorsales pendant qu'il effectuait des travaux de peinture. L'incapacité de travail survenue le 23 mai 2019 étant une rechute de celle qui avait débuté le 29 janvier 2018, la défenderesse était tenue de verser des

indemnités journalières tant que durait l'incapacité de travail dans la période de 900 jours consécutifs à partir de cette date-ci, soit jusqu'au 16 juillet 2020. Le capital réclamé correspondait à 353 indemnités journalières de 131 fr.

Dans sa réponse, la défenderesse a conclu au rejet de la demande. Elle a allégué que le demandeur n'avait pas travaillé le jour de son engagement, le 23 mai 2019, ni durant les semaines qui avaient précédé la mission en question, période durant laquelle il avait perçu des indemnités de chômage. Elle en a déduit qu'il n'était pas couvert par le contrat d'assurance.

Par arrêt du 9 avril 2021, la II<sup>e</sup> Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Fribourg a admis entièrement la demande et prononcé que la défenderesse devait verser au demandeur 46'243 fr. avec intérêts à 5 % depuis le 6 décembre 2019 sur 21'353 fr., depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020 sur 2'751 fr., depuis le 25 mars 2020 sur 8'122 fr. et depuis le 29 juin 2020 sur 14'017 fr.

### **C.**

A. \_\_\_\_\_ SA interjette un recours en matière civile, au terme duquel elle conclut principalement au rejet de la demande.

Dans sa réponse, l'intimé propose le rejet du recours, dans la mesure de sa recevabilité. Il demande à être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire, avec désignation de son avocat comme défenseur d'office.

La recourante a répliqué, sans susciter le dépôt d'une duplique de son adverse partie.

La cour cantonale se réfère aux considérants de son arrêt.

### **Considérant en droit :**

#### **1.**

Le litige porte sur l'obligation de prestation résultant d'une assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale, régie par la LCA (RS 221.229.1) selon l'art. 2 al. 2 de la loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie (LSAMal; RS 832.12). Le recours est dès lors dirigé contre une décision rendue en matière civile (art. 72 al. 1 LTF; ATF 138 III 2 consid. 1.1; 133 III 439 consid. 2.1).

Au surplus, l'arrêt attaqué est une décision finale (art. 90 LTF) rendue par la Cour des assurances sociales du canton de Fribourg statuant

en instance cantonale unique au sens de l'art. 7 CPC (cf. art. 75 al. 2 let. a LTF et ATF 138 III 2 consid. 1.1). Partant, le recours est ouvert sans égard à la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b LTF). Interjeté par la défenderesse qui a succombé dans ses conclusions libératoires (art. 76 al. 1 LTF), le recours est recevable puisqu'il a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes prévues par la loi (art. 42 LTF). La recevabilité des griefs particuliers est réservée.

## **2.**

**2.1** Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte – ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 143 I 310 consid. 2.2; 141 IV 249 consid. 1.3.1; 140 III 115 consid. 2; 137 I 58 consid. 4.1.2; 137 II 353 consid. 5.1) – ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF) et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

La critique de l'état de fait retenu est soumise au principe strict de l'allégation énoncé par l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 140 III 264 consid. 2.3 et les références). La partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 et les références). Si la critique ne satisfait pas à ces exigences, les allégations relatives à un état de fait qui s'écarterait de celui de la décision attaquée ne pourront pas être prises en considération (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 130 I 258 consid. 1.3).

Concernant l'appréciation des preuves, le Tribunal fédéral n'intervient du chef de l'art. 9 Cst. que si le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte des preuves pertinentes ou a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 140 III 264 consid. 2.3; 137 III 226 consid. 4.2; 136 III 552 consid. 4.2). L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait concevable, voire préférable (ATF 144 III 145 consid. 2).

Le complètement de l'état de fait ne relève pas de l'arbitraire, car un fait non constaté ne peut pas être arbitraire, c'est-à-dire constaté de manière insoutenable. Mais si un fait omis est juridiquement pertinent, autrement dit si son omission a eu pour conséquence qu'une

disposition de droit matériel qui aurait dû être appliquée ne l'a pas été, le recourant peut obtenir que le fait soit constaté s'il démontre qu'en vertu des règles de la procédure civile, l'autorité précédente aurait objectivement pu en tenir compte et s'il désigne précisément les allégués et les offres de preuves qu'il lui avait présentés, avec références aux pièces du dossier (art. 106 al. 2 LTF; ATF 140 III 86 consid. 2).

**2.2** Le Tribunal fédéral applique en principe le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF) à l'état de fait constaté dans l'arrêt cantonal (ou à l'état de fait qu'il aura rectifié). Cependant, compte tenu de l'obligation de motiver qui incombe au recourant en vertu de l'art. 42 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral n'examine pas, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, mais uniquement celles qui sont soulevées devant lui (ATF 142 III 364 consid. 2.4; 140 III 86 consid. 2, 115 consid. 2; 137 III 241 consid. 5, 580 consid. 1.3), à moins que la violation du droit ne soit manifeste (ATF 140 III 115 consid. 2; arrêt 5A\_621/2013 du 20 novembre 2014 consid. 2.2, non publié aux ATF 141 III 53; 4A\_399/2008 du 12 novembre 2011 consid. 2.1, non publié aux ATF 135 III 112).

**2.3** Dans son mémoire, la recourante commence par se référer à l'ensemble de ses écritures. Ce faisant, elle perd de vue qu'un tel renvoi est inadmissible, les griefs devant être exposés dans le recours même (cf. ATF 143 II 283 consid. 1.2.3; 138 III 252 consid. 3.2 p. 258; 133 II 396 consid. 3.1; 126 III 198 consid. 1d; 116 II 92 consid. 2).

### **3.**

L'employeuse, entreprise de location de services et de placement fixe de travailleurs, a conclu pour ses employés une assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie relevant de la LCA auprès de la recourante. Durant une mission de travail temporaire, l'assuré s'est trouvé en incapacité de travail en raison d'une hernie discale, qui a donné lieu à une première opération en date du 5 mars 2018; la recourante lui a alors versé des indemnités journalières du 29 janvier 2018 au 20 juin 2018. Par la suite, l'intimé a conclu avec l'employeuse des contrats de travail d'une durée de trois mois maximum le 20 juin 2018, le 13 décembre 2018 et le 15 janvier 2019. Après une période de chômage, il a conclu un nouveau contrat de travail avec l'employeuse le 22 mai 2019, pour une mission temporaire de durée indéterminée débutant le lendemain. Ces points sont incontestés.

L'assuré fait valoir son droit à des indemnités journalières à la suite

d'une incapacité de travail survenue le 23 mai 2019, liée à la récurrence de la hernie discale, qui conduira à une deuxième opération le 17 juillet 2019.

La cour cantonale a admis que l'intimé était couvert par l'assurance perte de gain le 23 mai 2019, dès lors qu'il avait travaillé ce jour-là et qu'il disposait d'une pleine capacité de travail lors de son entrée en service. Elle a jugé par ailleurs que la perte de gain résultait bien d'une maladie, et non d'un accident.

En ce qui concerne la durée et l'ampleur de l'incapacité de travail, la cour cantonale a retenu que l'assuré présentait dès le 23 mai 2019 une incapacité de travail totale dans son activité habituelle de peintre, pour une durée indéterminée.

La recourante ne contestait pas en soi son obligation de verser pour chaque cas d'assurance un total de 730 indemnités journalières sur une période de 900 jours au maximum, sous réserve du délai d'attente de deux jours. En définitive, l'intimé s'est vu allouer la totalité de ses prétentions, à savoir 353 indemnités journalières à 131 fr., avec les intérêts moratoires correspondants. En effet, dans la période de 900 jours débutant le 29 janvier 2018 et échéant le 16 juillet 2020, l'assuré pouvait prétendre au maximum à 730 indemnités journalières; or, même augmenté des indemnités déjà perçues en 2018 (119 voire 141) et jusqu'au 14 juillet 2019 (51), le nombre de 353 était inférieur à 730, ainsi qu'au nombre de jours compris entre le 15 juillet 2019 et le 16 juillet 2020.

#### **4.**

Dans une première série de griefs, la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir violé son droit à la preuve, respectivement d'avoir apprécié les preuves arbitrairement en admettant que l'intimé était couvert par l'assurance perte de gain selon l'art. 11 ch. 2 des CGA dès le 23 mai 2019. D'une part, l'autorité précédente aurait refusé, en violation de l'art. 29 al. 2 Cst., d'entendre le représentant de l'employeuse, lequel aurait été susceptible d'attester que l'entreprise de peinture avait déjà requis le matin du 23 mai 2019 un nouvel employé intérimaire, ce qui aurait été propre à démontrer que l'assuré n'avait pas travaillé ce jour-là. Des attestations contradictoires et un courriel émanant de E. \_\_\_\_\_ SA iraient également dans ce sens. D'autre part, la cour cantonale aurait omis de se déterminer sur l'expertise requise par la recourante sur la capacité de travail de l'assuré le 23 mai 2019; or, une telle expertise aurait été à même de

confirmer, à l'instar des rapports de l'Hôpital fribourgeois (pièce 72) et du médecin traitant du 22 août 2019, que l'assuré se trouvait dans l'incapacité au moins partielle de travailler dès le début de ce jour-là.

**4.1** Le droit à la preuve est une composante du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst.; il se déduit également de l'art. 8 CC et trouve désormais une consécration expresse à l'art. 152 CPC (ATF 143 III 297 consid. 9.3.2; 138 III 374 consid. 4.3.1). Il confère au justiciable le droit de faire administrer les moyens de preuve adéquats qu'il propose régulièrement et en temps utile à l'appui de faits pertinents pour le sort du litige (ATF 140 I 99 consid. 3.4; 133 III 295 consid. 7.1; 129 III 18 consid. 2.6). Ce droit à la preuve est notamment violé lorsqu'un tribunal ne dispose pas des connaissances techniques nécessaires pour trancher une certaine question et qu'il refuse de désigner un expert, nonobstant une réquisition conforme aux exigences procédurales (arrêts 4A\_307/2013 du 6 janvier 2014 consid. 2.1.1; 4A\_52/2008 du 29 avril 2008 consid. 3.4, in sic! 2008 p. 643). Cela étant, les art. 8 CC et 152 CPC ne régissent pas l'appréciation des preuves et ne disent pas quelles mesures probatoires doivent être ordonnées, ni ne dictent au juge civil comment forger sa conviction (ATF 130 III 591 consid. 5.4; 128 III 22 consid. 2d; 127 III 519 consid. 2a). En outre, le droit à la preuve n'interdit pas au juge de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis d'acquiescer une conviction et qu'à l'issue d'une appréciation anticipée des moyens de preuves qui lui sont encore proposés, il a la certitude que ceux-ci ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion (ATF 143 III 297 consid. 9.3.2; 141 I 60 consid. 3.3).

**4.2** La cour cantonale a retenu que l'intimé avait bel et bien travaillé le 23 mai 2019 en se fondant sur ses déclarations précises et circonstanciées lors de son interrogatoire, confirmées par le témoignage du fils du directeur de E.\_\_\_\_\_ SA, responsable des travaux et présent le jour en question. Aucun des éléments avancés par la recourante, qui ne sont pas des preuves directes contrairement au témoignage précité, ne fait apparaître ce fait comme manifestement inexact. Au surplus, dans la mesure où le témoin précité a déclaré que l'employé lui avait demandé, lors de l'une des deux pauses du matin, à pouvoir aller à l'hôpital en raison d'un fort mal de dos, on ne voit pas en quoi une éventuelle requête d'un intérimaire de remplacement ce matin-là serait propre à démontrer que l'intimé n'avait pas commencé sa mission le 23 mai 2019.

**4.3** Contrairement à ce que la recourante soutient, la cour cantonale

s'est prononcée sur sa demande d'expertise médicale relative à la capacité de travail de l'intimé lors de l'entrée en mission, le 23 mai 2019: elle l'a expressément écartée pour des motifs d'appréciation anticipée des preuves. Pour les juges cantonaux, il était en effet douteux que ce moyen de preuve puisse être utile pour établir que la récurrence de la hernie discale n'était en réalité pas survenue alors que l'assuré travaillait le 23 mai 2019, mais à un autre moment durant les jours précédents. Cela étant, le Tribunal fédéral ne cerne pas pour quel motif cette expertise se serait imposée avec une telle acuité sur un aspect qui paraît aussi difficile à reconstituer *a posteriori*. Dans le cas d'espèce, l'appréciation anticipée des preuves à laquelle la cour cantonale s'est livrée n'enfreint donc pas le droit à la preuve de la recourante.

Autre est la question de savoir si l'autorité précédente a fait preuve d'arbitraire en procédant à cette appréciation. La cour cantonale a tenu pour établi que l'intimé disposait d'une capacité de travail entière lorsqu'il a débuté sa mission temporaire le 23 mai 2019. Elle relève à cet égard que l'employé a " travaillé régulièrement dans sa profession de peintre en bâtiment durant les mois précédents, sous réserve de périodes de chômage, en dernier lieu du 15 avril 2019 au 22 mai 2019, durant lesquelles il a perçu des indemnités sur la base d'une pleine aptitude au placement ". La recourante ne prétend pas que ces constatations seraient inexacts.

Quant aux deux rapports médicaux invoqués par la recourante, la cour cantonale a jugé qu'ils ne permettaient pas de déduire que l'intimé n'avait pas une capacité de travail entière lorsqu'il a entamé une nouvelle mission le 23 mai 2019. On ne voit pas en quoi une telle conclusion serait insoutenable. Dans le rapport du 22 août 2019, il n'est pas clair si le médecin traitant se réfère à l'aptitude au travail de l'intimé le 29 ou le 23 mai 2019. Au demeurant, la réponse du médecin est très générale et ne concerne pas le point précis de l'éventuelle influence de la récurrence de la hernie discale sur la capacité de travail de l'intimé avant même le début de la journée du 23 mai 2019. Il en va de même du rapport de l'Hôpital fribourgeois (pièce 72).

Finalement, la recourante reproche à la cour cantonale d'être tombée dans l'arbitraire (art. 9 Cst.) lorsqu'elle aurait constaté que la représentante de l'employeuse savait que l'intimé était déjà en incapacité de travail depuis le 23 mai 2019. Ce fait n'aurait pas été allégué par le demandeur et ne pourrait donc être retenu, indépendamment de la maxime inquisitoire sociale régissant la

procédure. Cela étant, le Tribunal fédéral ne cerne pas à quel passage la recourante se réfère, ce qu'il dirait très exactement et quelle serait sa pertinence. Ce grief est irrecevable, faute de revêtir la forme requise.

## **5.**

La recourante fait également grief à la cour cantonale d'avoir violé le droit à la preuve, respectivement de s'être livrée à une appréciation arbitraire des preuves en jugeant que la récurrence de la hernie discale dont le demandeur avait été victime constituait une maladie, et non la conséquence d'un accident.

**5.1** La défenderesse soutenait que l'atteinte à la santé subie par le demandeur était liée à une chute survenue en décembre 2017 alors que l'assuré portait des sacs de plâtre, et non à un processus évolutif. Selon l'arrêt attaqué, l'existence d'une chute remontant à décembre 2017 était certes rapportée par l'assuré lui-même. Cet événement ne paraissait toutefois pas avoir revêtu une importance particulière, ni avoir été de nature à entraîner une lésion du disque intervertébral. Les symptômes d'une hernie discale étaient apparus fin janvier 2018 pour la première fois, soit bien après. La récurrence survenue le 23 mai 2019 n'était donc pas en lien de causalité avec cette chute, pas plus qu'avec un hypothétique autre événement accidentel survenu le 23 mai 2019.

**5.2** Le grief tiré d'une violation de l'art. 29 al. 2 Cst. tombe à faux, peu importe l'angle sous lequel on l'examine. D'une part, la cour cantonale s'est exprimée sur les raisons pour lesquelles elle rejetait la requête d'expertise médicale formulée par la recourante afin d'établir l'origine malade ou accidentelle de la hernie discale. Elle s'estimait en effet suffisamment renseignée par les éléments au dossier pour pouvoir se dispenser d'y recourir. Quant à la jurisprudence que la cour cantonale a dit observer en subsumption et dont la recourante dénonce la prétendue carence, elle figure au consid. 4.3 de l'arrêt attaqué.

Autre est la question de savoir si la cour cantonale a rejeté de manière arbitraire la requête d'expertise médicale. Cela étant, le Tribunal fédéral ne décèle nul élément dans l'argumentation de la recourante qui n'aurait guère laissé d'autre choix au juge que d'y recourir.

En bref, nulle violation du droit fédéral n'affecte l'arrêt cantonal sur ce point.

## **6.**

Sur l'ampleur et la durée de l'incapacité de travail de l'assuré, la recourante se plaint derechef, en invoquant l'art. 29 al. 2 Cst., de ce que la cour cantonale ait balayé sa requête d'expertise médicale et se soit fondée sur les rapports des médecins traitants transmis à l'assurance-invalidité.

**6.1** La défenderesse a admis l'existence d'une incapacité totale jusqu'au 23 octobre 2019, mais pas au-delà. D'après elle, le demandeur pouvait mettre à profit sa capacité de travail dans une autre profession. La cour cantonale ne s'est pas rangée à cet avis. Elle a relevé que l'assuré avait subi une intervention neurochirurgicale importante le 17 juillet 2019. Usuellement, les arrêts de travail après spondylodèse allaient de trois mois à une année, pour autant que l'activité professionnelle soit adaptée à l'atteinte. Dans le cas du demandeur, il ne pouvait être exigé de lui, alors qu'il suivait divers traitements en vue d'améliorer sa mobilité et d'atténuer ses douleurs, de reprendre une activité telle que celle qu'il exerçait précédemment, qui exigeait par nature le port de charges et des mouvements sollicitant fortement la colonne vertébrale. Celle-ci aurait non seulement été contre-indiquée au regard des traitements en cours, mais elle aurait aussi présenté le risque évident d'une nouvelle récurrence, à l'image de celle survenue le 23 mai 2019. Par ailleurs, si l'art. 7 al. 2 des CGA précisait qu'après trois mois d'incapacité de travail, l'activité susceptible d'être exigée de la personne assurée pouvait aussi relever d'une autre profession dans un autre domaine d'activité, la cour cantonale constatait que la défenderesse n'avait pas averti le demandeur de la nécessité de se reclasser avant le 20 avril 2020 et ne lui avait imparti aucun délai aux fins d'un semblable reclassement, de sorte qu'elle ne pouvait s'appuyer sur cette disposition pour mettre fin aux indemnités journalières.

**6.2** Le grief tiré de la violation de l'art. 29 al. 2 Cst. est manifestement mal fondé. La cour cantonale a considéré que l'expertise requise par la défenderesse n'était pas susceptible de modifier son appréciation. Elle a observé qu'au vu de la récurrence de la hernie discale récemment subie par le demandeur alors qu'il exerçait son activité habituelle de peintre en bâtiment et dont il continuait à souffrir, il était difficile de concevoir qu'un expert admette que cette activité exigeante pour la colonne vertébrale soit compatible avec son état de santé. Cette considération est empreinte de bon sens. Elle ne laisse entrevoir ni violation du droit à la preuve, ni violation de l'art. 168 al. 1 CPC qui – n'en déplaît à la recourante – n'interdit en rien au juge de rejeter une

requête d'expertise par appréciation anticipée des preuves.

Par ailleurs, la cour cantonale a indiqué de manière détaillée les éléments objectifs ressortant des rapports des médecins traitants qui empêchaient l'assuré d'exercer sa profession de peintre en bâtiment même au-delà du 23 octobre 2019. La recourante ne démontre nullement en quoi cette appréciation des preuves serait insoutenable.

**6.3** La recourante fait encore grief à la cour cantonale de n'avoir pas consacré une ligne à l'art. 17 des CGA qu'elle avait pourtant régulièrement allégué en procédure. Cette disposition signifierait qu'une fois le cas annoncé à l'assurance-invalidité – en l'occurrence le 25 octobre 2019 –, les prestations de l'assureur perte de gain " ne (seraient) de toute manière que potestatives ".

La teneur de l'art. 17 des CGA ne ressort pas de l'arrêt attaqué. Au ch. 89 de sa duplique, la défenderesse a allégué: " Selon l'art. 17 ch. 1 (des CGA), si du fait de sa maladie, la personne assurée reçoit des prestations de la part d'assurances étatiques, A.\_\_\_\_\_ SA complète ses prestations jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière assurée. " Et au ch. 90: " Aussi longtemps que le droit de la personne assurée à toucher une rente de la part d'une assurance étatique n'est pas encore établi, A.\_\_\_\_\_ SA peut verser à bien plaisir l'indemnité journalière assurée à titre d'avance " par référence à l'art. 17 ch. 4 des CGA. Cela étant, la recourante n'a pas allégué que cette disposition signifierait que l'intimé n'avait plus droit aux prestations à partir d'un moment donné, dont il faudrait encore savoir quel il peut être. A lire l'argumentation juridique développée dans sa duplique, l'effet qu'elle prête à cette disposition des CGA est tout autre puisqu'elle explique: " Si par impossible, le demandeur fait valoir des prétentions postérieurement à ces trois mois (nb: d'incapacité de travail), la défenderesse requiert la suspension de la procédure jusqu'à la décision de l'assurance AI ou une expertise judiciaire. ". Et d'ajouter que, selon la jurisprudence, une décision de suspension de la procédure civile dans l'attente du résultat de la procédure de l'assurance invalidité ne viole pas l'interdiction du retard à statuer, ni ne se fonde sur l'exercice fautif d'une appréciation des preuves, par référence à l'arrêt 4A\_409/2015 du 2 décembre 2015 (cf. sa duplique p. 8; complément d'office sur la base du dossier).

Cela étant, la cour cantonale s'est exprimée sur la thématique soulevée par la recourante, contrairement à ce que celle-ci affirme. Elle a observé à ce propos : " il ne ressort pas clairement des écritures de la défenderesse dans quelle mesure cette demande de prestations intervenue

environ six mois après la récurrence de hernie discale survenue le 23 mai 2019 pourrait avoir une incidence sur les droits du demandeur dans la présente cause relative à des indemnités perte de gain basées sur une assurance collective perte de gain en cas de maladie. " L'autorité précédente s'est donc déclarée dans l'impossibilité de traduire en langage clair ce que la recourante déduisait de l'art. 17 des CGA. C'est dire qu'il n'y a pas violation de l'art. 29 al. 2 Cst. Et la recourante ne se plaint pas que la cour cantonale n'ait pas suspendu la procédure, si c'est bien cela qu'elle souhaitait (puisqu'elle ne semble pas avoir pris à l'époque de conclusion formelle dans ce sens). Il s'ensuit le rejet de ce grief également.

## **7.**

Mal fondé dans la mesure où il n'est pas irrecevable, le recours ne peut qu'être rejeté.

Succombant, la recourante assumera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF) et versera à son adverse partie une indemnité à titre de dépens (art. 68 al. 1 et 2 LTF). Le risque de ne pas pouvoir recouvrer ces dépens n'existant pas en l'occurrence, la demande d'assistance judiciaire de l'intimé est sans objet (cf. art. 64 al. 2 LTF).

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

**2.**

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

**3.**

La recourante versera à l'intimé une indemnité de 2'500 fr. à titre de dépens.

**4.**

La demande d'assistance judiciaire de l'intimé est sans objet.

**5.**

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la II<sup>e</sup> Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg.

Lausanne, le 18 janvier 2022

Au nom de la Ire Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente :

La Greffière :

Hohl

Godat Zimmermann