



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 630, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

608 2019 321

Arrêt du 9 avril 2021

II^e Cour des assurances sociales

Composition

Président : Johannes Frölicher
Juges : Anne-Sophie Peyraud, Marc Sugnaux
Greffière-stagiaire : Charlotte Mottet

Parties

A. _____, demandeur, représenté par Me Alain Ribordy, avocat
contre

SWICA GENERALDIREKTION, défenderesse

Objet

Assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale –
indemnités perte de gain en cas de maladie – couverture d'assurance
– question de la capacité de travail au début du contrat – cause de
l'incapacité – durée de l'incapacité – nécessité d'un avertissement
préalable et de la fixation d'un délai en cas d'exigence de changement
de profession

Demande du 6 décembre 2019

considérant en fait

A. A. _____ (le demandeur) a travaillé comme peintre en bâtiment.

A partir du 31 août 2017, il a notamment été engagé par la société B. _____ SA, entreprise de location de services et de placement fixe de travailleurs, succursale de C. _____, pour plusieurs missions de travail temporaire auprès de la société D. _____ S.A., à E. _____, entreprise active dans les domaines de la gypserie, de la peinture et de la plâtrerie (voir extraits du registre du commerce, www.zefix.ch, consulté à la date de l'arrêt). 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, cette dernière mission ayant pris fin le 14 avril 2019 (pièces 4, 7, 8 du bordereau de la demande; voir également pièce 9: décomptes de salaire de juin 2018 à avril 2019).

En lien avec ces contrats de travail successifs conclus avec B. _____ SA, le demandeur était assuré auprès de F. _____ 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 son employeur (pièce 51 du bordereau de la réponse).

En raison d'une incapacité de travail survenue durant une mission auprès de la société D. _____ S.A., liée à une hernie discale qui a conduit à une opération du 5 mars 2018, la défenderesse a versé au demandeur des indemnités journalières du 29 janvier 2018 au 20 juin 2018.

B. Par contrat du 22 mai 2019, le demandeur a été à nouveau engagé par la société B. _____ SA pour une mission temporaire de durée indéterminée, à partir du 23 mai 2019, cette fois auprès de la société G. _____ SA, entreprise active dans le domaine de la peinture, de la tapisserie et de la gypserie (voir extrait du registre du commerce, www.zefix.ch, consulté à la date de l'arrêt).

Le 23 mai 2019, premier jour de cet engagement, le demandeur a interrompu son travail et s'est rendu au service des urgences de l'hôpital fribourgeois. Une incapacité de travail de 100% a été attestée. Puis, 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.

La défenderesse a d'abord versé des indemnités journalières pour la période du 23 mai 2019 au 14 juillet 2019.

Puis, dans un courriel du 6 août 2019 (pièce 61), H. _____ AG, entreprise de prestations de services administratifs, à I. _____ (voir extrait du registre du commerce, www.zefix.ch, consulté à la date de l'arrêt), agissant comme représentant de l'employeur B. _____ SA, a informé la défenderesse que tous versements en faveur du demandeur avaient été bloqués. Elle a par ailleurs demandé à la défenderesse quelle était la suite à donner à ce cas. Par courrier du 17 septembre 2019 (pièce 17), 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, la défenderesse 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 telle sorte qu'il n'était pas couvert par ses conditions d'assurance.

C. Par demande du 6 décembre 2019 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 24'104.-, avec intérêts à 5% l'an depuis le 6 décembre 2019 sur CHF 21'353.- et depuis le 1^{er} janvier 2020 sur CHF 2'751.-, en réservant une augmentation de ses conclusions si son incapacité de travail devait se prolonger au-delà du 31 décembre 2019.

A l'appui de ses conclusions, il fait valoir en substance qu'il était entièrement capable de travailler au début de son premier jour de travail le 23 mai 2019, qu'il a effectivement commencé à travailler ce jour-là à 6 heures 45 et que c'est durant la matinée qu'il a ressenti de vives douleurs dorsales pendant qu'il effectuait des travaux de peinture, ayant senti que son dos avait « lâché » à l'endroit opéré le 5 mars 2018.

Il relève par ailleurs que l'incapacité de travail survenue le 23 mai 2019 est une rechute de celle qui avait débuté le 29 janvier 2018, de telle sorte que la défenderesse est tenue de verser les indemnités journalières tant que dure l'incapacité de travail et jusqu'à la fin d'une période de 900 jours ayant commencé à cette dernière date.

Dans le même mémoire, le demandeur requiert l'assistance judiciaire totale et la désignation de son mandataire comme défenseur d'office.

D. Dans sa réponse du 24 janvier 2020, la défenderesse conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet de la demande. Pour l'essentiel, elle allègue que le demandeur n'a pas travaillé le jour de son engagement et qu'il n'a pas non plus travaillé durant les semaines précédant la mission qui devait débuter le 23 mai 2019, période durant laquelle il a perçu des indemnités de chômage. Elle en déduit qu'il n'était pas couvert selon ses conditions d'assurance.

E. Par décision du 17 février 2020 (608 2019 322), constatant notamment que le demandeur dépend de l'aide sociale pour assumer son entretien et que sa position dans la cause au fond n'apparaît pas dénuée de toute chance de succès, le Président suppléant admet la requête d'assistance judiciaire du 6 décembre 2020. Il nomme défenseur d'office le mandataire du demandeur.

F. Le 10 mars 2020, les parties, assistées de leurs mandataires, comparaissent à des débats d'instruction devant le Juge délégué.

A titre préliminaire, le demandeur produit un document complémentaire (pièce 20), à teneur duquel la société G. _____ SA, sous la signature de sa secrétaire, atteste que le demandeur était présent au sein de l'entreprise le matin du 23 mai 2019, qu'il a travaillé sur un chantier à Guin de 7 heures à 12 heures puis est parti pour l'hôpital suite à des douleurs au dos.

Après une tentative de conciliation qui n'aboutit pas en l'état, les parties conviennent de poursuivre leurs pourparlers.

G. Par courrier du 19 mars 2020, la défenderesse indique que les pourparlers n'ont pas abouti et que la procédure peut être reprise.

Par courrier du 24 mars 2020, valant réplique, le demandeur indique compléter sa demande.

Il produit une nouvelle attestation de la société G. _____ SA, signée par son directeur, en sollicitant par ailleurs l'audition de celui-ci, ainsi que du chef de chantier concerné.

Il ajoute avoir déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité en date du 25 octobre 2019. Il indique encore que si la durée maximale de 900 jours à compter du 29 janvier 2018 est contestée, il requiert que le litige soit dénoncé à l'employeur B. _____ SA.

Enfin, affirmant que la défenderesse lui a versé 141 indemnités journalières pour l'incapacité ayant duré du 29 janvier 2018 au 20 juin 2018 (143 jours moins 2 jours de délai d'attente) et 51 indemnités pour la période du 23 mai 2019 au 14 juillet 2019 (53 jours moins 2 jours de délai d'attente), il calcule avoir droit, depuis le 14 juillet 2019, à un solde de 538 indemnités journalières (730 – 141 – 51), dans les limites de la durée maximale de 900 jours qui expirera le 16 juillet 2020. Sur cette base, son incapacité de travail étant attestée jusqu'au 31 mars 2020, il conclut au paiement d'une somme de CHF 32'226.- avec intérêt à 5% l'an depuis le 6 décembre 2019 sur CHF 21'353.-, depuis le 1^{er} janvier 2020 sur CHF 2'751.- et depuis le 25 mars 2020 sur CHF 8'122.-.

H. Par duplique du 15 mai 2020, la défenderesse maintient ses conclusions tendant au rejet de la demande.

Elle conteste en particulier le contenu des attestations établies par G. _____ SA, remis en cause selon elle par d'autres échanges de correspondance antérieurs entre celle-ci et H. _____ SA, représentante de l'employeur. Elle produit à cet égard deux courriels (pièces 66 et 67) et requiert l'audition des auteurs des attestations en question, sollicitant par ailleurs la production du rapport d'heures établi pour le demandeur concernant la journée du 23 mai 2019.

Elle produit également un nouveau rapport médical établi à sa demande le 5 septembre 2020 par le médecin traitant du demandeur (pièce 68, 69). Elle en déduit que, dans l'hypothèse où celui-ci a travaillé le 23 mai 2019, il se trouvait alors dans l'incapacité au moins partielle de commencer son travail.

Enfin, dans l'hypothèse où son devoir de couvrir le cas est reconnue, elle relève que, d'après ses conditions générales, après trois mois d'incapacité de travail, il pouvait être exigé du demandeur qu'il diminue son dommage en travaillant dans un autre domaine d'activité. Elle requiert à cet égard que la cause soit suspendue jusqu'à droit connu dans la procédure relative à l'assurance-invalidité ou jusqu'à l'établissement d'une expertise judiciaire.

Par courrier du 19 juin 2020, invitée à préciser un point de sa duplique, la défenderesse confirme à tout le moins implicitement que la durée maximale de 900 jours à compter du début de la première incapacité de travail en date du 29 janvier 2018 est applicable sur le principe. Elle produit par la même occasion des rapports établis par des médecins de l'hôpital fribourgeois concernant la période précédant le 23 mai 2019.

I. Le 26 juin 2020, le défendeur dépose une réplique spontanée. Il produit plusieurs documents médicaux et se détermine en détail sur les allégués et les arguments de la défenderesse. Maintenant sa position, il adapte ses conclusions, demandant désormais le paiement d'indemnités journalières pour la durée maximale échéant le 16 juillet 2020, soit un montant de CHF 46'243.- avec intérêts à 5% l'an depuis le 6 décembre 2019 sur CHF 21'353.-, depuis le 1^{er} janvier 2020 sur 2'751.-, depuis le 25 mars 2020 sur CHF 8'122.- et depuis le 29 juin 2020 sur CHF 14'017.-, à verser en faveur de la Commune de E. _____ à concurrence des prestations d'aide sociale versées du 14 juillet 2019 au 16 juillet 2020.

J. Par ordonnance du 7 juillet 2020, le Juge délégué cite les parties à comparaître à des débats d'instruction. Il précise ne pas donner suite à la requête de suspension de procédure formulée par la défenderesse dans sa duplique du 15 mai 2020.

Les parties comparaissent à l'audience de débats d'instruction du 10 septembre 2020.

A l'orée de la séance, la défenderesse dépose une requête en introduction de faits nouveaux, à laquelle s'oppose le mandataire du demandeur. Elle requiert la production du dossier relatif à l'assurance-invalidité et l'établissement d'une expertise médicale quant à la cause accidentelle ou malade de l'incapacité de travail litigieuse.

Il est procédé à une brève tentative de conciliation qui échoue.

La procédure probatoire est ensuite ouverte. Les parties sont interrogées et trois témoins sont entendus, soit le fils du directeur de G. _____ SA, qui a coordonné les opérations du chantier le 23 mai 2019, le directeur de G. _____ SA et la secrétaire de G. _____ SA qui a signé l'attestation susmentionnée produite par le demandeur. Le mandataire de celui-ci requiert l'audition comme témoins des auteurs de l'échange de courriels précité produit par la défenderesse entre la défenderesse et la société H. _____ SA, représentante de l'employeur B. _____ SA (pièces 66 et 67, voir ci-dessus let. I), ainsi que de deux collaboratrices de la défenderesse ayant signé le courrier du 17 septembre 2019 également précité (pièce 17, voir ci-dessus let. C).

Les parties s'en remettent à justice quant aux réquisitions de preuve déposées.

K. Par ordonnance du 14 septembre 2020, le Juge délégué à l'instruction demande à l'Office de l'assurance-invalidité de produire son dossier en lien avec la demande de prestations déposée par le demandeur. En l'état, il ne donne pas suite aux autres réquisitions de preuve encore pendantes.

Suite à la production de son dossier par l'Office de l'assurance-invalidité, les parties sont invitées à déposer une éventuelle détermination sur les éléments ressortant de celui-ci.

Par courrier du 15 octobre 2020, la défenderesse formule de nouveaux allégués. Elle affirme en particulier que le demandeur a tardé avant de déposer sa demande de prestations de l'assurance-invalidité et que plusieurs documents figurant dans le dossier relatif à cette assurance font ressortir que l'incapacité de travail est en réalité due à un accident, à savoir une chute sur une plaque de glace survenue en décembre 2017. Elle requiert à cet égard la production du dossier de l'assurance-accidents, ainsi que la mise en œuvre d'une expertise sur la cause de l'incapacité de travail litigieuse et sur sa durée. Reprenant par ailleurs en les développant les arguments déjà invoqués dans ses écritures précédentes, elle renouvelle sa requête de suspension de la procédure jusqu'à droit connu quant aux prestations de l'assurance-invalidité. Elle demande enfin l'audition d'un collaborateur de l'employeur du demandeur, B. _____ SA, en lien avec l'échange de courriels précité (pièces 66 et 67, voir ci-dessus let. I).

Le 23 octobre 2020, le demandeur dépose à son tour une nouvelle écriture. Il conteste pour l'essentiel la position de la défenderesse, réaffirmant que son incapacité de travail est attestée médicalement depuis le 23 mai 2019, qu'il n'a pas tardé avant de déposer sa demande de prestations de l'assurance-invalidité le 24 octobre 2019, que son atteinte à la santé résulte d'une maladie et non d'un accident, que les éléments ressortant du dossier de l'assurance-invalidité ne remettent pas en doute son incapacité à exercer à tout le moins son activité habituelle de peintre en bâtiment. Se référant aux déclarations des témoins lors de l'audience du 10 septembre 2020, il

confirme pour le reste avoir effectivement travaillé le 23 mai 2019, ce qui est prouvé et ne saurait être remis en cause par des témoignages indirects de collaborateurs de l'employeur B. _____ SA ou de sa représentante H. _____ SA.

L. Par courrier du 5 novembre 2020, le Juge délégué indique qu'il entend clore la procédure probatoire et invite les parties à se déterminer sur ce point et à indiquer si elles renoncent, cas échéant, à une séance de débats limitée à des plaidoiries.

Le 6 novembre 2020, le demandeur indique renoncer à une séance de débats.

Le 20 novembre 2020, la défenderesse dépose une détermination relative à l'écriture du demandeur du 23 octobre 2020. Se référant à des rapports médicaux produits par celui-ci et à ses déclarations en audience du 10 septembre 2020, elle maintient en particulier que l'incapacité de travail litigieuse a une cause accidentelle, à savoir la chute survenue en décembre 2017. Elle requiert à cet égard la production des notes de consultation des médecins traitants du demandeur, voire leur audition. Elle renouvelle par ailleurs sa requête d'expertise portant sur l'origine de l'incapacité de travail de 2018 et de sa récurrence de 2019, sur le début de l'incapacité de travail de 2019 et sur sa « *justification en ce qui concerne les prétentions que fait valoir le demandeur* ». Enfin, elle indique qu'une fois la procédure probatoire close, elle renoncera à une audience de débats limitée à des plaidoiries qui pourra être remplacée par un échange de plaidoiries écrites.

Par courrier du 24 novembre 2020, le Juge délégué constate que l'échange d'écritures est terminé, sous réserve de l'exercice du droit de réplique du demandeur. Il indique qu'il n'est pas donné suite aux réquisitions de preuve formulées par la défenderesse, de telle sorte que la procédure probatoire est close, sous réserve d'une réouverture par la Cour lorsqu'elle sera appelée à statuer. Enfin, il invite le demandeur à faire part de son éventuel accord avec le dépôt d'une plaidoirie écrite et, cas échéant, à procéder dans ce sens.

Le 4 décembre 2020, le demandeur dépose une brève détermination, confirmant sa position et contestant les arguments développés par la défenderesse dans sa détermination du 20 novembre 2020. Il indique refuser la proposition de celle-ci de déposer des plaidoiries écrites.

Le 8 janvier 2021, la défenderesse réplique à son tour. Complétant son argumentation en lien avec le caractère accidentel de l'incapacité litigieuse et la tardiveté de l'annonce du cas à l'assurance-invalidité, elle maintient sa requête d'expertise. Elle indique par ailleurs renoncer à une audience de plaidoiries.

Par courrier du 11 janvier 2021, le Juge délégué prend acte que les parties renoncent à une audience de plaidoiries et les informe que la cause sera soumise prochainement à la Cour.

en droit

1.

Recevabilité et procédure applicable

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).

L'art. 28 let. e du règlement du 22 novembre 2012 du Tribunal cantonal précisant son organisation et son fonctionnement (RTC; RSF 131.11) attribue à la II^e Cour des assurances sociales la compétence pour connaître des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale.

La II^e Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est dès lors compétente pour statuer dans la présente cause qui porte sur le versement d'indemnités journalières perte de gain en cas de maladie.

La demande du 6 décembre 2019 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). Il en résulte que 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). Cette maxime ne libère toutefois pas de façon générale les parties de la charge d'alléguer les faits et de proposer leurs moyens de preuve. 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; arrêt TC FR 608 2017 60 du 26 avril 2018 consid. 4.2.2).

2.

Règles relatives à la preuve

2.1. Selon l'art. 8 du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC; RS 210), le demandeur doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que sa partie adverse doit prouver les faits qui entraînent la réduction ou l'extinction du droit (faits destructeurs), ou empêchent sa naissance (faits dirimants) (ATF 141 III 241 consid. 3.1; 139 III 13 consid. 3.1.3.1).

Conformément à ces principes qui sont également applicables dans le domaine du contrat d'assurance, il incombe à l'assuré ou à l'ayant droit d'alléguer et de prouver l'existence d'un contrat d'assurance, la survenance du sinistre assuré ainsi que l'ampleur de sa prétention (ATF 130 III 321 consid. 3.1). Lorsque la preuve stricte est impossible à rapporter (état de nécessité en matière de preuve), le degré de preuve requis est réduit à la vraisemblance prépondérante. Tel est

fréquemment le cas s'agissant de la preuve de la survenance du sinistre (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3; arrêt TF 4A_671/2010 du 25 mars 2011 consid. 2.3 et les arrêts cités).

L'art. 8 CC confère à l'assureur le droit à la contre-preuve; il peut donc apporter des éléments propres à créer un doute et à ébranler la vraisemblance prépondérante que l'ayant droit s'efforce d'établir. Le juge doit procéder à une appréciation d'ensemble des éléments qui lui sont apportés et dire s'il retient qu'une vraisemblance prépondérante a été établie (ATF 130 III 321 consid. 3.4; arrêts TF 4A_180/2010 du 3 août 2010 consid. 2.4.1; 4A_186/2009 du 3 mars 2010 consid. 6.2.2. et 6.3).

2.2. S'il détermine laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve, l'art. 8 CC ne dicte pas au juge comment forger sa conviction (ATF 128 III 22 consid. 2d; arrêt TF 4A_555/2019 du 28 août 2020 consid. 4.2).

2.3. Le droit de produire ou de faire administrer des preuves, à condition qu'elles soient pertinentes et de nature à influencer sur la décision à rendre, est une composante du droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 143 V 71 consid. 4.1; 142 II 218 consid. 2.3; 140 I 285 consid. 6.3.1 et les références). Le juge peut renoncer à accomplir certains actes d'instruction, sans que cela n'entraîne une violation du droit d'être entendu, s'il est convaincu, en se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves (voir ATF 125 V 351 consid. 3a), que certains faits sont suffisamment établis et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation (sur l'appréciation anticipée des preuves en général: ATF 144 II 427 consid. 3.1.3; 141 I 60 consid. 3.3).

3.

Couverture du demandeur par l'assurance collective perte de gain

3.1. La première question litigieuse est celle de savoir si, au moment de la survenance de l'incapacité de gain pour laquelle il sollicite des indemnités journalières, le demandeur était couvert par l'assurance collective perte de gain conclue par son employeur, B. _____ SA, auprès de la défenderesse.

3.2. Selon les informations produites par la défenderesse (pièce 51), le contrat en question couvre notamment les travailleurs dont B. _____ SA loue les services à des tiers, dont le salaire brut n'excède pas le gain assuré maximal au sens de l'assurance-accidents et qui sont soumis à une convention collective de travail étendue ou à la prévoyance professionnelle obligatoire, à condition qu'ils ne perçoivent pas de rente AVS.

L'art. 11 chiffre 2 des conditions générales d'assurance de la défenderesse, édition 2012 (CGA; pièce 52), énonce par ailleurs ce qui suit quant au début de la couverture des personnes assurées :

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.

3.3. Dans le cas particulier, il n'est pas contesté que le demandeur a été engagé comme peintre en bâtiment par B. _____ SA pour la location de ses services dans le cadre d'une mission auprès de G. _____ SA. Il est également admis que le contrat a été conclu le 22 mai 2019, pour un début du travail le 23 mai 2019.

La question de la capacité de travail du demandeur au moment du début du contrat est par contre disputée. Le demandeur affirme en effet qu'il était entièrement capable de travailler lorsqu'il a commencé son travail le 23 mai 2019, en début de matinée, et que ce n'est que plus tard qu'il a ressenti des douleurs dorsales importantes qui l'ont contraint à interrompre ses tâches et à se rendre à l'hôpital. Cette affirmation est contestée par la défenderesse qui soutient quant à elle que le demandeur n'a pas travaillé le 23 mai 2019, ou à tout le moins qu'il était incapable de travailler totalement ou partiellement de jour-là.

Vu l'incidence de ces faits contestés sur la couverture d'assurance du demandeur, il convient de déterminer ce qu'il en est, en se référant aux éléments de preuve figurant au dossier.

3.3.1. Interrogé lors des débats d'instruction du 10 septembre 2020, le demandeur a notamment déclaré ce qui suit quant au déroulement de la matinée du 23 mai 2019 (procès-verbal, p. 2):

« Je me rappelle bien de la matinée du 23 mai 2019, je suis arrivé à l'atelier vers sept heures moins quart, nous avons commencé à charger le matériel dans le bus et ensuite on est parti sur le chantier. Ensuite il y avait une équipe qui montait les bidons sur la façade, par un échafaudage. En attendant, on était deux ou trois équipes de deux à faire des embrasures de fenêtre en crépi. Nous avons travaillé ainsi jusqu'à peu près neuf heures et quart. Ensuite on a fait la pause. Et ensuite on a commencé à faire la façade, environ à partir de neuf heures et demie. Faire la façade, ça veut dire tirer le crépi. Tous les employés présents faisaient cette façade. Nous étions une vingtaine, certains tiraient le crépi et d'autres frottaient. Moi, je tirais.

Durant la première partie du travail, jusqu'à la pause, je n'avais aucune douleur. Après la pause, alors qu'on était en train de faire la façade et qu'on arrivait au milieu de celle-ci, j'ai commencé à avoir mal. Les douleurs étaient supportables. Mais vers la fin, j'ai mon dos qui a lâché. C'était vers dix heures et demie – 11 heures. J'ai alors continué à travailler car je ne pouvais pas arrêter puisque cela aurait compliqué le travail des autres. J'allais toutefois beaucoup moins vite. On a fini la façade à environ midi et quart.

Ensuite, je suis resté au chantier pour manger. Vers midi et demi, cela n'allait plus et je suis allé à l'hôpital. »

Il peut être noté d'emblée que ces déclarations sont compatibles avec l'horaire auquel le demandeur a été reçu à la consultation des urgences de l'hôpital fribourgeois (voir rapport du 27 mai 2020 établi à la demande de la défenderesse, pièce 72, mentionnant des premiers soins donnés à 14h43).

Lors des mêmes débats, J. _____, fils du directeur de G. _____ SA et responsable de l'organisation des travaux le jour en question, a été entendu comme témoin sur les tâches effectuées par les ouvriers, et plus particulièrement par le demandeur. Il a fait les déclarations suivantes (procès-verbal p. 4):

« Vous me demandez si je me rappelle de la matinée du 23 mai 2019. Je ne me rappelle pas la date mais je me souviens que nous avons fait une façade à Guin, nous avons employé pour cela

également des temporaires. Je reconnais A. _____ dont je ne me rappelais toutefois que le prénom.

Nous nous sommes tous rencontrés au dépôt comme d'habitude, nous nous sommes ensuite rendus sur le chantier. Nous avons préparé le matériel, les taloches et tout le reste. Nous avons ensuite commencé à tirer le crépi de finition. La préparation a duré peut-être quinze ou vingt minutes car les bidons étaient déjà prêts la veille. Normalement les bidons étaient déjà montés sur l'échafaudage, il est possible que quelques-uns n'y étaient pas encore.

Vous me faites remarquer que [le demandeur] a indiqué tout à l'heure que dans un premier temps de la journée une partie des employés se sont occupés des embrasures de fenêtre pendant que les autres montaient les bidons. Je ne me rappelle si cela s'est passé comme ça pour cette façade. Normalement, nous essayons de faire les embrasures et de monter les bidons d'abord. C'est pour des raisons logistiques, car cela coûte cher d'avoir sur place la grande équipe nécessaire pour tirer la façade. Je me rappelle que, au moins une fois, cela nous est arrivé de devoir terminer les travaux de préparation le matin-même. Je ne peux pas vous dire si c'était cette fois-là.

[Le demandeur] était présent pour aider sur la façade. Je dis aider car je ne me rappelle plus s'il a tiré ou frotté. Il était là sur le pont en train de travailler. Pendant le travail, il ne m'a pas dit qu'il avait mal au dos. Je travaillais également et il n'a de toute façon pas pu le faire. Mais pendant une pause, je ne me rappelle pas si c'est à neuf heures ou à midi, il m'a dit qu'il avait mal au dos et demandé s'il pouvait aller à l'hôpital. Il m'a semblé qu'il avait vraiment mal car il ne pouvait même pas se changer. Je lui ai indiqué qu'il pouvait aller à l'hôpital, car nous ne sommes pas des "monstres" à empêcher quelqu'un d'aller se faire soigner s'il a mal. ».

Sur question de la représentante de la défenderesse, le témoin a encore précisé ce qui suit:

« Si [le demandeur] n'avait pas travaillé dès le début, je l'aurais vu car je suis le dernier à monter sur l'échafaudage et nous n'engageons pas des gens pour se tourner les pouces. Une fois les équipes montées sur les échafaudages, je ne le voyais plus. Toutefois, comme les équipes travaillent à deux avec un qui tire et un qui frotte, il n'est logiquement pas possible que l'un des deux fasse les deux tâches en même temps. Il prendrait du retard par rapport aux autres équipes et cela n'irait pas et on verrait des raponses en raison du séchage qui ne se fait pas en même temps. »

Il a enfin ajouté que c'est l'entreprise de travail temporaire qui fournit les formulaires de rapports d'heures. Le travailleur les remplit et les transmet soit à lui, soit au directeur. Ces rapports sont visés puis transmis au « bureau ». Les formulaires sont établis sur plusieurs pages qui se décalquent. Toutefois, dans le cas du demandeur, il n'a pas signé de rapport d'heures car celui-ci est parti en cours de journée.

Auditionné à son tour, K. _____, directeur de G. _____ SA a notamment indiqué qu'il ne se trouvait pas sur le chantier et qu'il ne se rappelait pas avoir signé un rapport d'heures (procès-verbal p. 6).

Quant aux éléments médicaux figurant au dossier, leurs auteurs ne se prononcent pas expressément sur la capacité de travail existant au moment du début de la mission en début de matinée du 23 mai 2019. On peut toutefois déduire des rapports établis par les médecins traitants que le demandeur souffrait effectivement de plusieurs atteintes à sa santé avant cette date, mais que celles-ci ne l'empêchaient alors pas d'exercer son activité professionnelle sans limitation (voir notamment rapport du 15 octobre 2019 de Dr L. _____, neurochirurgien, à l'attention de

Dr M._____, médecin généraliste, dans lequel celui-ci reproche à l'assureur-maladie d'utiliser comme un prétexte le fait que le « redéclenchement » de l'atteinte qui avait déjà entraîné une incapacité de travail l'année précédente a eu lieu le premier jour de la reprise du travail après une période de chômage).

3.3.2. La défenderesse remet en question les faits ressortant des déclarations et des documents médicaux qui précèdent. Elle affirme qu'en réalité le demandeur n'a pas travaillé durant la matinée du 23 mai 2019 et qu'il était quoi qu'il en soit incapable d'accomplir son travail ce jour-là, en s'appuyant sur plusieurs documents et autres arguments qu'il y a lieu d'examiner :

- Dans sa réponse, la défenderesse se réfère d'abord à un certificat médical (pièce 63) établi par Dre N._____, médecin assistante auprès de la Clinique de médecine interne de l'hôpital fribourgeois, attestant une incapacité de travail de 100% du 23 mai 2019 au 28 mai 2019 et une reprise du travail prévue à partir du 29 mai 2019, avec une suite du traitement par le médecin traitant du demandeur, Dr M._____, spécialiste en médecine générale.

Le contenu de ce certificat, qui ne fait pas ressortir à quelle heure il a été établi, est compatible avec les déclarations concordantes du demandeur et des représentants de l'entreprise G._____ SA, reproduites ci-dessus, selon lesquelles le demandeur a cessé le travail en cours de matinée où en fin de matinée en raison de ses douleurs, puis s'est rendu au service des urgences de l'hôpital fribourgeois.

- Avec sa duplique, la défenderesse produit ensuite deux courriels.

Le premier, daté du 9 août 2019, émane de O._____, collaboratrice de H._____ AG, société à laquelle l'employeur B._____ SA délègue des tâches administratives (pièce 66). Il est adressé à P._____, collaborateur de B._____ SA, et a notamment le contenu suivant : « [...] *il a été porté à notre connaissance que l'assuré n'avait travaillé qu'une demi-heure environ le 23.05.2019, premier jour de l'arrêt maladie et début du contrat de travail, selon annexe 1. Pourriez-vous vérifier avec la Dre Q._____ si la personne était apte ou pas apte à travailler ce jour, svp. [...]* ».

Ce message intervient trois jours après un précédent courriel du 6 août 2019 par laquelle la même collaboratrice de H._____ SA s'était déjà adressée à la défenderesse pour lui annoncer que le paiement des indemnités journalières avait été bloqué et qu'elle attendait des indications sur la suite de la procédure (voir partie en fait, let. C). Cela étant, même s'il en ressort que le demandeur n'aurait travaillé en réalité qu'une demi-heure lors de la matinée en question, on ne sait rien de l'origine de cette information. Il est a priori envisageable qu'elle ait été obtenue de G._____ SA. Entendue lors des débats du 10 septembre 2020, la collaboratrice R._____, en charge de la comptabilité, des ressources humaines et du secrétariat, auprès de G._____ SA, n'a toutefois pas été en mesure de donner des précisions à cet égard. Elle a en effet indiqué ne pas connaître la société H._____ SA, de telle sorte qu'il semble exclu que ce soit elle qui ait donné l'information évoquée par la collaboratrice de celle-ci. R._____ a par ailleurs déclaré ne pas se rappeler avoir eu un éventuel entretien téléphonique avec B._____ SA, plus particulièrement P._____, en août 2019, ce qui conduit également à douter que l'information relayée par la collaboratrice de H._____ SA provienne d'un tel échange. Ce d'autant plus que, par son courriel du 6 août 2019, cette collaboratrice semble plutôt vouloir fournir à B._____ SA une information que celle-ci ne connaît pas encore, en lui demandant de procéder sur cette base à des vérifications auprès d'un médecin.

Le premier courriel produit avec la duplique fait ainsi état d'une indication dont l'origine n'est pas déterminée et à laquelle il ne peut pas être accordé grand crédit en l'état. Quoiqu'il en soit, même en admettant que cette indication puisse être conforme à la réalité, ce qui paraît difficilement concevable au regard des différentes déclarations crédibles et concordantes faites lors des débats du 10 septembre 2020, cela ne remettrait pas en question le fait que le demandeur a effectivement commencé à travailler le 23 mai 2019.

- Le second courriel, daté du 12 décembre 2019, a été envoyé par R. _____, collaboratrice de G. _____ SA (pièce 67). Il est adressé à P. _____, collaborateur de l'employeur B. _____ SA et a le contenu suivant : « *Selon notre téléphone d'hier, je vous confirme que [le demandeur] a travaillé dans notre entreprise le 23 mai 2019. Il n'a fait que deux heures car il s'est blessé sur un chantier et, suite à cela, il n'a pas pu continuer* ».

Le contexte dans lequel s'inscrit ce courriel est un peu plus plus clair, même si, également entendue sur cet échange lors des débats du 10 septembre 2020, R. _____ a déclaré qu'elle ne se rappelait pas l'avoir écrit. Elle a en effet indiqué qu'elle se souvenait que P. _____ avait appelé G. _____ SA le 11 décembre 2019 au sujet du demandeur et qu'elle avait transmis l'appel à J. _____ car cela concernait un travailleur intérimaire. Avant de partir logiquement de l'idée, sur cette base, qu'elle avait dû écrire le courriel en question après s'être renseignée auprès de J. _____.

A l'image des éléments qui précèdent, ce courriel va également dans le sens que le demandeur a travaillé durant la matinée dont il est question.

- La défenderesse produit également avec sa duplique un rapport médical établi le 22 août 2019 par Dr M. _____, médecin généraliste traitant, sur la base d'un questionnaire (pièce 68).

Aux questions « *est-ce que le 29 [sic] mai 2019, A. _____ était en aptitude de travail lorsqu'il a débuté son nouvel emploi ?* » et « *si non, pour quelle raison ?* », ce médecin a répondu « *non, parce qu'il avait une récurrence de sa hernie et qu'il a été opéré par le Dr Otten en juillet 2019* ».

Il doit d'abord être relevé que la question mentionne la date du 29 mai 2019, et non celle du 23 mai 2019 déterminante en l'espèce. Il n'est dès lors pas exclu que le médecin ait pris la date indiquée au pied de la lettre, ce qui l'aurait dans ce cas amené à constater que 6 jours après la survenance de la récurrence de la hernie discale, le demandeur était à l'évidence incapable de débiter un nouvel emploi.

Quoiqu'il en soit, même en excluant cette hypothèse, les réponses du médecin ne permettent pas de conclure que, contrairement aux déclarations constantes du demandeur, la récurrence de la hernie avait déjà une influence sur sa capacité de travail avant même le début de la journée. Très générales, elles ne sont pas suffisantes pour remettre en cause l'affirmation de celui-ci selon laquelle les douleurs liées à la récurrence de hernie sont survenues soudainement, alors qu'il était déjà en train de travailler, et que c'est à partir de ce moment-là seulement qu'il a dû se résoudre à quitter le chantier.

- La défenderesse appuie encore sa position sur le constat qu'aucun rapport d'heures n'a été établi par G. _____ SA.

Lors de son audition du 10 septembre 2020, J. _____, responsable du chantier concerné, a indiqué à cet égard qu'il n'a pas signé de rapport d'heures car le demandeur a quitté le travail en cours de journée. Cette explication est crédible.

Certes, il est plus difficile de comprendre les raisons pour lesquelles aucun rapport d'heures n'a été établi par la suite. Une telle absence pourrait toutefois s'expliquer par une brève durée de travail et un départ abrupt suite auquel ni l'employeur B. _____ SA, ni G. _____ SA ne se sont souciés de cette question, ce d'autant moins que le demandeur ne semble de son côté pas avoir fait valoir le paiement de quelques heures de travail. Ce dernier constat est lui aussi surprenant a priori. Il peut toutefois aisément s'expliquer par les difficultés du demandeur à suivre ses affaires administratives et par le document intitulé « *décompte de salaire* » établi par B. _____ SA le 29 mai 2019 (pièce 3), dont il ressort un montant de CHF 524.- sous la mention « *Indemnité journalière maladie – Durée de la maladie : 23.05.2019 – 28.05.2019* », sans aucune précision relative notamment au délai d'attente applicable qui a eu pour effet qu'aucun montant n'a été versé pour la journée du 23 mai 2019.

Dans ces conditions, l'absence de rapport d'heures ne permet pas d'en déduire que le demandeur n'a pas travaillé.

- La défenderesse fait également valoir que le demandeur aurait dans un premier temps invoqué uniquement une incapacité de travail à partir du 29 mai 2019 et que c'est uniquement par la suite qu'il a produit un certificat d'incapacité de travail à compter du 23 mai 2019 déjà, ce qui remettrait en doute la fiabilité de ses déclarations.

En réalité, c'est la représentante de l'employeur B. _____ SA, H. _____ SA qui a d'abord averti la défenderesse par courriel du 11 juin 2019 que le demandeur se trouvait à nouveau en arrêt maladie (voir réponse du 24 janvier 2020, allégué 63, et pièce 56). A cette occasion, alors qu'elle savait évidemment que son employé était en incapacité de travail depuis le 23 mai 2019 (voir « décompte de salaire » du 29 mai 2019 susmentionné), elle a certes uniquement produit le certificat d'incapacité de travail établi par le médecin traitant pour la période à compter du 29 mai 2019, sans donner de précision quant au moment du début de l'incapacité. Mais les termes de son courriel permettent d'écartier tout soupçon de complaisance à l'égard du demandeur : « *le CT s'est mis de nouveau à l'arrêt maladie après 5 mois l'année passée. Est-ce que nous devons de nouveau demander un rapport médical détaillé ou allez-vous demander directement des détails auprès du médecin traitant ? [...]* ».

- Enfin, la défenderesse relève que plusieurs rapports médicaux font état d'atteintes à la santé qui existaient déjà avant le 23 mai 2019. Plus particulièrement, dans son rapport précité du 27 mai 2020 établi sur formulaire, le service des urgences de l'hôpital fribourgeois mentionne des douleurs lombaires présentes depuis quelques jours, ainsi qu'une perte de force depuis plusieurs mois (pièce 72).

Ces éléments sont insuffisants pour en déduire que le demandeur n'avait pas une capacité de travail entière lorsqu'il a entamé la nouvelle mission temporaire pour laquelle il s'était engagé le 23 mai 2019. Il est notamment rappelé à cet égard qu'il 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.

3.3.3. Il résulte de ce qui précède que le demandeur a établi qu'il a travaillé le 23 mai 2019 et qu'il disposait ce jour-là, au moment de débiter sa mission, d'une pleine capacité de travail. La défenderesse n'a quant à elle pas apporté la preuve du contraire.

Les autres moyens de preuve qu'elle propose ne sont pas susceptibles de modifier cette appréciation.

C'est le cas des réquisitions tendant à l'audition de la collaboratrice de H. _____ SA, O. _____, et du collaborateur de B. _____ SA, P. _____, en lien avec le courriel du 9 août 2019. En effet, les informations que pourraient donner ces deux personnes sur le déroulement de la journée du 23 mai 2019 et sur l'activité du demandeur durant la matinée en question ne constitueraient que des témoignages indirects portant sur des faits qu'ils n'ont pas eux-mêmes pu constater. Par ailleurs et surtout, même dans l'hypothèse – peu vraisemblable en l'état – où le demandeur aurait travaillé moins que deux heures, voire une demi-heure seulement, il faudrait constater qu'il a quoi qu'il en soit débuté son emploi ce matin-là, sans que la brièveté de cette durée de travail puisse suffire pour conclure à l'existence d'une incapacité préalable.

Il en va de même de la requête tendant à la production des notes des médecins traitants, destinée à établir qu'il existait déjà une incapacité de travail préalable au début de la mission auprès de G. _____ SA le 23 mai 2019. En effet, rien ne permet de penser que les certificats établis par ces médecins et produits en procédure ne correspondraient pas à la vérité.

Enfin, il est douteux que l'expertise médicale requise puisse être utile, comme le soutient la défenderesse, pour établir très exactement que la récurrence de hernie discale n'est en réalité pas survenue alors que le demandeur travaillait le 23 mai 2019, mais à un autre moment durant les jours précédents.

Il n'est dès lors pas donné suite aux réquisitions de preuve qui précèdent, par appréciation anticipée.

3.3.4. Il sera ainsi retenu que le demandeur a effectivement travaillé durant la matinée du 23 mai 2019 et qu'il disposait d'une pleine capacité de travail au moment de débiter sa mission.

En conséquence, au moment de la survenance de l'incapacité de gain pour laquelle il sollicite des indemnités journalières, le demandeur était couvert par l'assurance collective perte de gain conclue par son employeur, B. _____ SA, auprès de la défenderesse.

4.

Atteinte constitutive d'une maladie ou d'un accident

4.1. Le litige porte ensuite sur la question de savoir si l'atteinte dont souffre le demandeur, soit la récurrence d'une hernie discale ayant entraîné une incapacité de travail qui a débuté en cours de journée du 23 mai 2019, constitue une maladie, selon la position du demandeur, ou est au contraire la conséquence d'un accident, comme le soutient désormais la défenderesse.

4.2. L'art. 8 CGA énonce que la défenderesse garantit une couverture d'assurance protégeant des conséquences économiques de la maladie et de la maternité dans les limites des prestations convenues.

La notion de maladie est définie à l'art. 7 al. 1 CGA dont la teneur est la suivante : « *est réputée maladie toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique non imputable à un accident et qui*

exige un examen ou un traitement médical, ou encore provoque une incapacité de travailler (art. 3 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1]) ».

L'art. 9 al. 1 let. c CGA complète le système en précisant que les accidents ne sont pas assurés, pour autant que l'indemnité journalière en cas d'accident ne soit pas assurée.

Il en résulte que, dans la mesure où le contrat d'assurance collective en question ne comprend pas le versement d'indemnités en cas d'accident, l'incapacité de travail du demandeur par la défenderesse n'est en conséquence couverte que si l'atteinte dont elle résulte est constitutive d'une maladie au sens de la définition ci-dessus, reprise du droit des assurances sociales. Pour cela, elle ne doit pas être imputable à un accident.

4.3. Pour qu'une atteinte à la santé et l'incapacité de travail qui en résulte donnent droit à des prestations de l'assurance-accidents, il faut notamment que l'atteinte en question ait été causée par l'évènement invoqué (voir art. 6 de la loi du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents, LAA; RS 832.20). Selon la jurisprudence, cela suppose d'abord, entre l'évènement dommageable de caractère accidentel et l'atteinte à la santé, un lien de causalité naturelle. Cette exigence est remplie lorsqu'il y a lieu d'admettre que, sans cet évènement accidentel, le dommage ne se serait pas produit du tout, ou qu'il ne serait pas survenu de la même manière. Le droit à des prestations de l'assurance-accidents suppose en outre l'existence d'un lien de causalité adéquate entre l'accident et l'atteinte à la santé. La causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 129 V 177 consid. 3.1 et 3.2; arrêt TF 8C_746/2018 du 1^{er} avril 2019 consid. 3.1).

La jurisprudence précise à cet égard que lorsqu'un état maladif préexistant est aggravé ou, de manière générale, apparaît consécutivement à un accident, le devoir de l'assurance-accidents d'allouer des prestations cesse si l'accident ne constitue pas la cause naturelle (et adéquate) du dommage, soit lorsque ce dernier résulte exclusivement de causes étrangères à l'accident. Tel est le cas lorsque l'état de santé de l'intéressé est similaire à celui qui existait immédiatement avant l'accident (*statu quo ante*) ou à celui qui existerait même sans l'accident par suite d'un développement ordinaire (*statu quo sine*). A contrario, aussi longtemps que le *statu quo sine vel ante* n'est pas rétabli, l'assureur-accidents doit prendre à sa charge le traitement de l'état maladif préexistant, dans la mesure où il a été causé ou aggravé par l'accident. Selon la jurisprudence, qui se fonde sur l'expérience médicale, une aggravation post-traumatique (sans lésion structurelle associée) d'un état dégénératif antérieur de la colonne vertébrale auparavant asymptomatique cesse de produire ses effets en règle générale après six à neuf mois, voire au maximum après une année (arrêt TF 8C_746/2018 précité, consid. 3.2 et les références).

S'agissant plus particulièrement des atteintes liées à une hernie discale, la jurisprudence retient ce qui suit. Selon l'expérience médicale, pratiquement toutes les hernies discales s'insèrent dans un contexte d'altération des disques intervertébraux d'origine dégénérative, un évènement accidentel n'apparaissant qu'exceptionnellement, et pour autant que certaines conditions particulières soient réalisées, comme la cause proprement dite d'une telle atteinte. Une hernie discale peut être considérée comme étant due principalement à un accident, lorsque celui-ci revêt une importance particulière, qu'il est de nature à entraîner une lésion du disque intervertébral et que les symptômes de la hernie discale (syndrome vertébral ou radiculaire) apparaissent immédiatement, entraînant aussitôt une incapacité de travail. Si la hernie discale est seulement déclenchée, mais pas

provoquée par l'accident, l'assurance-accidents prend en charge le syndrome douloureux lié à l'événement accidentel (arrêt TF 8C_746/2018 précité, consid. 3.3 et les références).

4.4.

4.4.1. Dans le cas particulier, le demandeur a d'abord subi une première incapacité de travail à partir du 29 janvier 2018, en lien avec une hernie discale qui a conduit à une opération le 5 mars 2018.

Il a été admis par la défenderesse que cette incapacité de travail était due à une maladie, de telle sorte qu'elle a versé des indemnités journalières pour la période du 29 janvier 2018 au 20 juin 2018.

Puis, suite à une nouvelle incapacité de travail due à une récurrence de la hernie discale survenue au courant de la matinée du 23 mai 2019, la défenderesse a repris dans un premier temps le versement des indemnités journalières dues en cas de maladie, avant de suspendre ses prestations au motif que le demandeur n'était pas couvert par l'assurance collective de son employeur (voir ci-dessus consid. 3).

Ce n'est qu'au cours de la présente procédure – après avoir eu connaissance de pièces ressortant du dossier administratif relatives à la demande de prestations déposée par le demandeur auprès de l'assurance-invalidité – qu'elle a invoqué l'argument selon lequel l'atteinte à la santé du demandeur serait en réalité liée déjà depuis fin janvier 2018 à une chute survenue en décembre 2017, alors qu'il portait des sacs de plâtre (voir requête en introduction de faits nouveaux du 10 septembre 2020 déposée lors des débats du 10 septembre 2020; dossier judiciaire p. 31).

4.4.2. Il ressort effectivement du dossier relatif à l'assurance-invalidité (p. 151 ss) que, dans sa demande de prestations du 24 octobre 2019, le demandeur a fait mention d'une telle chute, en précisant qu'il n'y avait pas eu de déclaration d'accident, que la hernie s'était déclarée à partir de cette chute et que les médecins avaient néanmoins « passé le cas en maladie ». Interrogé sur ce point le 10 septembre 2020, le demandeur a précisé qu'il ne s'était pas rendu à l'hôpital tout de suite après cette chute. Il a ajouté ce qui suit :

« Je n'ai parlé de cette chute qu'après le 23 mai 2019 lorsque je suis allé aux urgences, puis lorsque j'ai consulté le Dr Otten. Celui-ci m'a dit que c'était trop tard d'annoncer cet accident de décembre 2017, et que cela fait beaucoup de paperasse pour changer le cas de maladie en accident. Je ne me souviens pas si, lorsque le Dr Otten a attesté une incapacité de travail en janvier 2018, je lui ai parlé de la chute de décembre 2017. Je me suis souvenu de la chute de décembre 2017 au mois de mai 2019 suite à une discussion avec mon ex-amie qui m'a demandé si je ne me rappelais pas de cette chute et du fait que durant deux semaines elle avait dû me masser le dos. L'accident est arrivé juste avant les vacances de Noël 2017. La discussion avec mon ex-amie a eu lieu au mois de mars ou avril 2018, après ma première opération. Pour préciser, je me suis souvenu de la chute de décembre 2017 en mars ou avril 2018, et ce n'est qu'au mois de mai 2019 que j'en ai parlé à un médecin. »

Les éléments qui précèdent sont confirmés par les médecins traitants du demandeur. Plus particulièrement, Dr M. _____ a ainsi indiqué par courriels des 13 et 18 février 2020 (pièce 30) que son patient n'avait jamais parlé d'un quelconque accident ou chute lors de la consultation du 1^{er} février 2018, en ajoutant que celui-ci s'était alors plaint d'une lombosciatalgie gauche présente depuis le 28 janvier 2018. Il a également mentionné que cette notion d'accident n'avait pas non plus été évoquée par ses confrères du service des urgences.

4.4.3. Il résulte de ce qui précède que le demandeur a certes invoqué l'existence d'une chute sur une plaque de glace alors qu'il portait des plaques de plâtre, survenue en décembre 2017, pour expliquer les douleurs qui sont apparues progressivement par la suite.

Au regard de la jurisprudence susmentionnée, l'existence d'un tel événement ne suffit pas pour en déduire que l'atteinte litigieuse serait en lien de causalité avec l'événement accidentel de 2017. Plus spécifiquement, le seul fait qu'elle soit postérieure à la chute de décembre 2017, ne permet pas de retenir que la récurrence de hernie discale survenue le 23 mai 2019, soit près d'une année et demie plus tard, lui est imputable. Au contraire, rien n'indique que la chute en question aurait rempli les critères jurisprudentiels précités permettant de considérer cette récurrence comme étant en lien de causalité avec elle. La chute ne paraît en effet pas avoir revêtu une importance particulière ou avoir été de nature à entraîner une lésion du disque intervertébral. Les symptômes de la hernie discale ne sont pas non plus apparus immédiatement après la chute – qui a entraîné uniquement des douleurs supportables soulagées par des massages – mais seulement à fin janvier 2018 pour la première fois, avec une incapacité de travail survenue à ce moment-là (voir courriels précités du Dr M. _____ des 13 et 18 février 2020), et près d'une année et demie plus tard pour la récurrence du 23 mai 2019.

Dans ces conditions, sans qu'il soit nécessaire d'ordonner une expertise sur ce point, il doit être admis que la récurrence de hernie discale survenue le 23 mai 2019 ne peut être mise en lien de causalité avec la chute subie par le demandeur en décembre 2017, ni même avec un autre événement accidentel survenu le 23 mai 2019.

Pour les mêmes raisons, il n'est par ailleurs pas utile, sur ce point non plus, de demander aux médecins traitants de produire leurs notes de consultation (voir détermination de la défenderesse du 20 novembre 2020, dossier judiciaire p. 44)

4.5. Il en résulte que l'atteinte dont souffre le demandeur, soit la récurrence d'une hernie discale ayant entraîné une incapacité de travail qui a débuté en cours de journée du 23 mai 2019, n'est pas la conséquence d'un accident et constitue dès lors bien une maladie au sens de l'art. 8 CGA.

La défenderesse ne peut dès lors pas en tirer argument pour refuser de couvrir le sinistre survenu.

5.

Incapacité de travail

5.1. Les parties se divisent également sur la durée et la portée de l'incapacité de travail qui a fait suite à la récurrence de hernie discale survenue le 23 mai 2019.

5.2. L'art. 13 CGA énonce que 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 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).

5.3. Le demandeur affirme qu'il présente depuis cette récurrence de hernie et l'opération qui a suivi en juillet 2019 une incapacité complète de travail ininterrompue dans son activité habituelle de peintre en bâtiment, pour une durée indéterminée.

La défenderesse admet quant à elle l'existence d'une telle incapacité jusqu'au 23 octobre 2019, mais pas au-delà.

Il y a dès lors lieu d'examiner d'abord la question de la persistance d'une incapacité de travail dans l'activité habituelle de peintre en bâtiment au-delà du 23 octobre 2019.

5.3.1. Le demandeur fonde essentiellement sa position sur des certificats établis par le Service des urgences de l'hôpital fribourgeois le 23 mai 2019 pour la période du 23 mai 2019 au 28 mai 2019 (pièce 14), par Dr M. _____, médecin généraliste, le 28 mai 2019 pour la période du 29 mai 2019 au 6 juin 2019 (pièce 15) et enfin par Dr L. _____, chirurgien traitant, les 6 juin 2019, 22 juillet 2019, 29 août 2019, 15 octobre 2019, 17 décembre 2019, 3 février 2020, 27 février 2020, 15 avril 2020, 4 mai 2020 et 9 juin 2020 pour la période du 6 juin 2019 au 31 juillet 2020 (pièces 16, 23).

Il produit également des rapports établis par Dr L. _____ le 1^{er} septembre 2019, le 15 octobre 2019 et le 9 juin 2020 (pièces 13, 18, 28), ainsi qu'un rapport rédigé le 4 mai 2020 par S. _____, ergothérapeute traitant (pièce 27).

Plus spécifiquement, dans son rapport du 1^{er} septembre 2019 rédigé sous la forme de réponse à un questionnaire de la défenderesse, le chirurgien traitant donne les précisions suivantes :

« Ce patient a été opéré d'une hernie discale récidivante le 17 juillet 2019 par une spondylodèse L5-S1. Les raisons de l'arrêt de travail sont bien évidemment des suites postopératoires d'une intervention neurochirurgicale importante, qui l'empêchent de reprendre son activité actuelle. Dans le futur, il faudra probablement envisager une reconversion professionnelle, cela sera à revoir, les arrêts de travail après spondylodèse sont de trois mois à une année usuellement.

Pour l'instant, aucune capacité de travail ne peut être augmentée par une activité adaptée, dans l'avenir cela dépendra de l'évolution. Les mesures médicales sont en cours, il s'agit essentiellement de physiothérapie.

Le patient est sous Dafalgan, Olfen, Mydocalm, Prégabaline et sous physiothérapie. [...]

Les problèmes non médicaux sont induits par votre assurance qui refuse les versements de son salaire ce qui risque d'avoir de fortes incidences sur les capacités de réinsertion, si ce patient tombe dans l'exclusion sociale. A noter que ce patient a toujours été motivé pour reprendre son travail à la suite des précédents arrêts de travail et ce d'ailleurs avec ma permission. »

Puis, le 15 octobre 2019, le même médecin fait état d'une évolution lentement favorable, dans un contexte de troubles psychiques, en imputant la responsabilité des difficultés de son patient à l'attitude de la défenderesse :

« [le demandeur] a un gros problème dépressif, suite à la non prise en charge de sa perte de gain par l'assurance. Le prétexte étant qu'il a repris le travail et que c'est le jour de reprise du travail qu'il a redéclenché des problèmes. Cela est totalement incompréhensible, malgré mes protestations, l'assurance a maintenu cette décision.

Les douleurs se sont aggravées, le sommeil est perturbé, cependant les radiographies montrent un matériel resté bien en place.

Le patient va être pris en charge par le service social, il va continuer la physiothérapie, j'ai renouvelé l'ordonnance médicamenteuse [...] »

Enfin, le 9 juin 2020, Dr L. _____ indique que l'évolution au niveau des douleurs neuropathiques semble plutôt favorable avec une prise en charge de rééducation sensitive, mais que les lombalgies basses mécaniques ne s'améliorent pas malgré les différents traitements essayés (pièce 28).

Dans son rapport du 4 mai 2020, l'ergothérapeute traitant mentionne quant à lui des douleurs mixtes musculo-squelettiques (dont lombalgie), inflammatoires et neuropathiques (méralgie paresthésique intermittente gauche).

5.3.2. La défenderesse base d'abord sa position sur un rapport du Service médical régional de l'assurance-invalidité (dossier AI p. 20) dont il ressort que la durée usuelle d'une incapacité de travail résultant de l'opération d'une hernie discale ne dépasse pas six mois.

Elle produit également un rapport établi le 29 juillet 2019 par Dr L. _____ (pièce 60), dont il ressort que les suites postopératoires étaient marquées par une amélioration lente des douleurs postopératoires avec un élément de douleurs neuropathiques dans le membre inférieur droit, une hypoesthésie et surtout un volumineux hématome sous-cutané postopératoire. Le même rapport fait état d'un « *arrêt de travail prolongé à prévoir avec reconversion professionnelle* ».

Elle se réfère également au rapport précité du 15 octobre 2019, établi par le même médecin. Elle en déduit plus particulièrement que c'est principalement en raison de son refus de verser des indemnités journalières que le demandeur se trouvait alors encore en incapacité de travail pour des raisons psychiques (voir détermination du 15 octobre 2020, dossier judiciaire p. 37, p. 5 et 7).

5.3.3. En plus des éléments précités, d'autres rapports médicaux figurent également dans le dossier administratif établi par l'Office de l'assurance-invalidité et produit dans la présente cause:

- Dans un rapport du 1^{er} septembre 2019 rédigé à l'attention du médecin généraliste traitant, parallèlement au rapport précité adressé le même jour à la défenderesse, Dr L. _____ confirme que l'évolution est lente, que son patient a encore passablement de douleurs, qu'il a des fortes crispations musculaires dans la fesse, des points d'insertion musculo-tendineux très douloureux et qu'il doit continuer notamment la physiothérapie et les exercices prescrits (voir dossier AI p. 64).
- Dans un autre rapport établi le 3 décembre 2019 à l'attention du médecin généraliste traitant, le même médecin indique ce qui suit : « *L'évolution reste stagnante, [le demandeur] n'a pas été rechercher du Sirdalud, il a légèrement aggravé ses douleurs, il reste toujours bloqué au niveau lombaire et du membre inférieur gauche. Je n'ai pas répété de radiographie ce jour. Je rajoute du Tramal 100 retard 2 fois par jour à son traitement, je l'adresse chez nos collègues chiropraticiens pour une prise en charge. Il reste bien évidemment en arrêt de travail, le prochain contrôle fixé à mon cabinet sera effectué au mois de juillet avec des radiographies. Une demande AI est en cours.* »
- Dans un premier avis du 19 mai 2020, Dr T. _____, spécialiste en anesthésiologie auprès du Service médical régional de l'assurance-invalidité, constate que l'évolution postopératoire n'est

pas documentée dans le dossier mis à sa disposition (qui ne contenait notamment pas encore le rapport susmentionné du 3 décembre 2019). Se référant à la spondylodèse lombo-sacrée réalisée en juillet 2019, il indique que ce type de chirurgie justifie habituellement une incapacité de travail de 100% pour environ six mois (dossier AI p. 113).

- Enfin, dans un rapport établi le 25 juin 2020 sur formulaire de l'assurance-invalidité, Dr M. _____, médecin généraliste traitant, confirme l'existence d'une incapacité de travail de 100% à ce jour et jusqu'au 31 juillet 2020 par le chirurgien traitant Dr L. _____. Il indique que son patient est également suivi par deux chiropracteurs, ainsi que par deux ergothérapeutes d'un centre de rééducation sensitive. Il relève ensuite que son patient doit faire face à d'importantes exigences dans son métier de peintre en bâtiment, telles qu' « effort physique, activité alternée, monter sur des échelles, porter du lourd, travail de rotation à des efforts physiques, à des activités alternées », et qu'il lui est désormais impossible d'effectuer ces tâches à cause de son handicap au niveau du rachis lombo-sacré ». Il ajoute que dans l'immédiat, la réadaptation lui paraît tout à fait impossible en raison des douleurs permanentes ressenties quelle que soit la position dans laquelle il se trouve, à tel point que ses nuits sont coupées par des douleurs (dossier AI p. 137).

5.3.4. A fin janvier 2018, une hernie discale est diagnostiquée, laquelle a conduit à une première opération en mars 2018 qui a empêché le recourant de travailler durant plusieurs mois.

Puis, alors qu'il avait repris son activité habituelle à partir de fin juin 2018 dans le cadre de contrats de mission successifs, une récurrence de hernie discale est survenue le 23 mai 2019, entraînant une nouvelle incapacité de travail et une seconde opération réalisée le 17 juillet 2019.

Certes, il peut être admis avec la défenderesse que les seuls certificats établis régulièrement par les médecins traitants du demandeur, attestant une incapacité de travail de 100%, sans autre précision, ne sont pas suffisants pour prouver la persistance d'une telle incapacité dans toute activité, même moins exigeante physiquement que celle de peintre en bâtiment. C'est d'autant moins le cas qu'à la lecture de certains rapports établis par ces médecins, il semble qu'indépendamment de leur rôle de soignant, ils indiquent ouvertement soutenir les démarches de leur patient envers les assurances, le chirurgien traitant qualifiant notamment d' « *incompréhensible* » la position de la défenderesse à laquelle il reproche d'être à l'origine des « *problèmes non médicaux* » de son patient.

Cela étant, même en tenant compte de la relation thérapeutique pouvant amener tout médecin à se montrer bienveillant envers son patient lorsqu'il s'agit de donner une appréciation qui pourra avoir une incidence sur les droits de celui-ci, les rapports établis par les médecins traitants font ressortir les éléments objectifs suivants :

- le demandeur a été opéré d'une hernie discale récidivante par une spondylodèse L5-S1 le 17 juillet 2019.
- cette opération constitue une intervention neurochirurgicale importante, effectuée à un endroit déjà traité un peu moins d'une année et demie auparavant.
- usuellement, les arrêts de travail après spondylodèse sont de trois mois à une année, pour autant que l'activité professionnelle soit adaptée à l'atteinte (selon le chirurgien traitant ; voir également l'avis du médecin du SMR qui mentionne une durée de six mois);

- en raison de douleurs liées à la récurrence de hernie, le demandeur suit des traitements à base de médicaments (Dafalgan, Olfen, Mydocalm, Prégabaline, puis dans un deuxième temps Tramal ; voir notamment rapports précités du 1^{er} septembre 2019 et du 3 décembre 2019), de physiothérapie (voir rapports précités du 1^{er} septembre 2019), d'ergothérapie (voir rapport précité du 4 mai 2020) et de chiropractie (voir rapport du 3 décembre 2019 et du 25 juin 2020)
- au mois de juin 2020, les douleurs neuropathiques sont en amélioration, mais les lombalgies basses persistent, malgré les différents traitements entrepris.

Dans ces conditions, il doit être admis que, même au-delà de la date du 23 octobre 2019 mentionnée par la défenderesse, le demandeur est resté empêché d'exercer son ancienne profession de peintre en bâtiment. Il ne pouvait en effet 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 qui exige par nature le port de charges et des mouvements sollicitant fortement la colonne vertébrale. L'exercice d'une telle activité 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, alors même que le demandeur était pourtant en meilleure condition physique puisque ses douleurs ne l'avaient pas empêché de reprendre son activité depuis fin juin 2018. Dans ce sens, les rapports des médecins traitants faisant état d'une impossibilité de reprendre l'ancienne activité de peintre en bâtiment et de la nécessité d'une reconversion sont probants.

Cette conclusion n'est pas remise en question par l'avis du médecin du SMR, invoqué par la défenderesse, selon lequel une spondylodèse lombo-sacrée justifie habituellement une incapacité de travail de 100% pour environ six mois. En effet, par cet avis, qui n'est du reste pas incompatible avec celui du chirurgien traitant qui évoque quant à lui une durée d'incapacité de travail de trois à douze mois en mentionnant la nécessité d'une reconversion, ce médecin indique seulement qu'en règle générale, une activité professionnelle peut être reprise après un délai de six mois. Il n'affirme en aucun cas qu'une activité aussi exigeante pour la colonne vertébrale que celle de peintre en bâtiment serait encore exigible, alors même que l'opération en question avait déjà pour but de traiter la récurrence d'une première atteinte.

Le fait que les médecins traitants du demandeur fassent également référence à des troubles de nature psychique dont semble désormais souffrir le demandeur, voire à des problèmes non-médicaux de nature sociale, ne modifie pas non plus le constat de son empêchement de travailler dans son ancienne activité, en lien avec les seules conséquences de la récurrence de hernie discale objectivement constatée.

5.3.5. La mise en œuvre d'une expertise médicale n'est pas susceptible de modifier cette appréciation.

En effet, vu la récurrence de hernie discale récemment subie par le demandeur alors qu'il exerçait son activité habituelle de peintre en bâtiment, dont il continue à subir les conséquences, il est difficile à concevoir qu'un expert puisse admettre que cette activité exigeante pour la colonne vertébrale soit compatible avec son état de santé.

Dans ces conditions, sans qu'il soit nécessaire d'ordonner une expertise sur ce point ou de suspendre la cause jusqu'à droit connu dans la procédure en matière d'assurance-invalidité, il doit être admis que l'incapacité de travail du demandeur dans son activité habituelle de peintre en bâtiment a persisté au-delà du 23 octobre 2019, pour une durée indéterminée.

5.4. Dans sa réplique du 15 mai 2020, la défenderesse se réfère à l'art. 7 CGA à teneur duquel, après trois mois d'incapacité de travail, l'activité susceptible d'être exigée de la personne assurée peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité.

Dans la même écriture, elle indique que par courrier du 20 avril 2020 (pièce 70), elle a averti le demandeur que selon les renseignements médicaux en sa possession, il était en mesure d'assumer un emploi à plein temps dans un secteur d'activité adapté à son état de santé. Elle ajoute l'avoir par ailleurs informé que, même s'il est dans l'incapacité de travailler comme précédemment, un assuré se doit d'entreprendre tout ce qui est en son pouvoir pour réduire au mieux les conséquences financières de sa maladie, en épuisant notamment toutes les possibilités envisageables de travail dans son secteur d'activité, et même d'envisager un changement de profession.

On peut d'abord relever que, par ce courrier, la défenderesse semble aller dans le sens de la conclusion qui précède, à savoir que le demandeur n'est plus en mesure de poursuivre son ancienne activité de peintre en bâtiment et qu'il doit désormais chercher un emploi dans une autre profession adaptée à son état de santé.

Quoi qu'il en soit, il y a lieu d'examiner cet argument supplémentaire.

5.4.1. Dans sa deuxième phrase, l'art. 7 al. 2 CGA précité précise qu'après trois mois d'incapacité de travail, l'activité susceptible d'être exigée de la personne assurée peut aussi relever d'une autre profession dans un autre domaine d'activité.

Cette disposition peut être rapprochée de l'art. 61 LCA qui, sous le titre « 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, l'assureur 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; plus récemment arrêts TF 4A_495/2016 du 5 janvier 2017 consid. 3.2, 4A_228/2019 du 2 septembre 2019 consid. 2.3).

Cette jurisprudence a été reprise par la Cour de céans (voir arrêts TC FR 608 2016 180 du 17 avril 2018 consid. 5; 608 2017 174 du 16 avril 2019 consid. 3.3).

5.4.2. Par son argumentation, la défenderesse fait valoir l'obligation qui résulte de l'art. 7 al. 2 deuxième phrase CGA, dont on peut déduire qu'il peut être imposé 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 avant le courrier du 20 avril 2020 et qu'aucun délai ne lui a été imparti pour s'adapter aux

nouvelles conditions et pour trouver un emploi. Cela alors que la jurisprudence rappelée ci-dessus impose de telles démarches préalables de l'assureur pour que celui-ci puisse ensuite évaluer l'incapacité de travail de l'assuré en se référant, en lieu et place de l'activité professionnelle antérieure, à une nouvelle activité adaptée à ses limitations.

5.4.3. Le fait que la défenderesse soit éventuellement d'abord partie de l'idée que le demandeur disposait d'une capacité de travail entière également dans son activité antérieure de peintre en bâtiment ne change rien à la situation. Ce qui est déterminant, c'est qu'il est établi que le demandeur était incapable de travailler à 100% dans cette activité habituelle et que la défenderesse ne l'a pas averti avant le 20 avril 2020 de son devoir de diminuer le dommage en changeant de profession, en lui impartissant un délai pour s'adapter aux nouvelles conditions et pour trouver un emploi dans une activité adaptée.

5.5. Dans ces circonstances, l'existence d'une incapacité de travail totale au sens de l'art. 13 al. 1 CGA en relation avec l'art. 7 al. 2 CGA doit être admise à partir du 23 mai 2019, date à laquelle est survenue la récurrence de hernie discale.

5.6. En lien avec cette incapacité de travail, la défenderesse reproche encore au demandeur de ne pas l'avoir annoncée à l'Office de l'assurance-invalidité avant le dépôt de sa demande de prestations en date du 25 octobre 2019 (voir partie en fait, let. H).

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. A tout le moins peut-on souligner que les prestations AI ne sont dues qu'après une incapacité de travail moyenne de 40 % persistant durant douze mois et qu'elles ne sont versées au plus tôt que six mois après le dépôt de la demande y relative. Le demandeur ne pourrait dès lors pas prétendre à de quelconques prestations de l'AI avant mai 2020 et il a manifestement agi sans retard auprès de cette assurance.

6.

Nombre d'indemnités journalières dues et montant correspondant

6.1. Selon la police d'assurance produite par la défenderesse (pièce 51), celle-ci prévoit une durée de prestations de 730 jours par cas, sous déduction de 2 jours de délai d'attente par cas.

Se fondant toutefois sur l'art. 28 de la convention collective de travail de la branche du travail temporaire (voir www.seco.admin.ch, rubriques successives travail, libre circulation des personnes et relations du travail, conventions collectives de travail, conventions collectives de travail étendues, CCT de la branche du travail temporaire, consulté à la date de l'arrêt), le demandeur revendique le droit au versement d'indemnités journalières jusqu'à la fin d'une période de 900 jours à compter du 29 janvier 2018, date de la survenance du cas de maladie dont la récurrence du 23 mai 2019 constitue une rechute.

La défenderesse ne conteste en soi pas son devoir de s'acquitter pour chaque cas d'assurance d'un total de 730 indemnités journalières sur une période de 900 jours au maximum, sous réserve du délai d'attente de deux jours.

6.2. Il ressort d'un décompte établi par la défenderesse (pièce 64) que, suite à la survenance de la hernie discale ayant entraîné une première incapacité de travail à partir du 29 janvier 2018, celle-ci a versé 119 indemnités journalières jusqu'au 27 mai 2018, compte tenu d'un délai d'attente de 2 jours. Se référant à la même pièce, le demandeur affirme avoir en réalité reçu 141 indemnités journalières jusqu'au 20 juin 2018 (143 jours moins 2 jours de délai d'attente). Le nombre exact d'indemnités perçues pour cette première période d'incapacité de travail peut rester indéterminé.

Puis, selon le même décompte, en raison de la récurrence de hernie discale survenue le 23 mai 2019, la défenderesse a versé 51 indemnités journalières jusqu'au 14 juillet 2019 y compris, compte tenu d'un nouveau délai d'attente de 2 jours.

6.3. Le demandeur conclut en dernier lieu au versement d'un montant de CHF 46'243.-, correspondant à 353 indemnités journalières à CHF 131.-.

A cet égard, l'objection de la défenderesse selon laquelle le demandeur ne pouvait pas augmenter librement les conclusions de sa demande tombe à faux. En effet, celui-ci a expressément indiqué dans sa demande qu'il augmenterait ses conclusions au fur et à mesure que de nouvelles indemnités journalières deviendraient exigibles en cours de procédure.

Même augmenté des indemnités déjà perçues en 2018 (119, voire 141) puis jusqu'au 14 juillet 2019 (51), le nombre de 353 indemnités précité est inférieur au maximum de 730 indemnités par cas prévu par la police d'assurance. Il est également légèrement inférieur au nombre de jours compris entre le 15 juillet 2019 (lendemain du dernier jour pour lequel la défenderesse a déjà versé une indemnité) et le 16 juillet 2020, date à laquelle prend fin la période de 900 jours à compter de la survenance du cas de maladie le 29 janvier 2018.

Il peut donc être fait droit à cette conclusion.

Comme le requiert le demandeur, compte tenu de l'aide matérielle qui lui a été octroyée durant la période en cause, le montant en question devra être versé sur le compte-clients de son mandataire, en faveur de la commune de E. _____ à concurrence des prestations d'aide sociale versées du 14 juillet 2019 au 16 juillet 2020 et en faveur du demandeur pour le solde.

Il y a également lieu de préciser que, dans l'hypothèse où le demandeur devait obtenir des prestations de l'assurance-invalidité pour la période correspondant aux indemnités journalières à payer par la défenderesse, ces indemnités devront être remboursées à celle-ci à concurrence desdites prestations (voir art. 17 CGA).

7.

Intérêts moratoires

7.1. Le demandeur conclut au paiement d'intérêts moratoires calculés à 5% l'an depuis le 6 décembre 2019 sur CHF 21'353.-, depuis le 1^{er} janvier 2020 sur 2'751.-, depuis le 25 mars 2020 sur CHF 8'122.- et depuis le 29 juin 2020 sur CHF 14'017.-, ces dates correspondant aux différents moments où il a interpellé la défenderesse pour qu'elle verse les indemnités journalières échues.

7.2. Ni le contrat d'assurance, ni les CGA ne contiennent de dispositions relatives à l'échéance des prestations et à l'intérêt dû en cas de retard.

Selon l'art. 100 al. 1 LCA, le droit des obligations est applicable pour tout ce que les dispositions de la LCA ne règlent pas. L'art. 104 al. 1 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO; RS 220) énonce que le créancier a droit à un intérêt moratoire de 5% l'an lorsque le débiteur est en demeure de payer une somme d'argent. Pour qu'il y ait demeure, il faut notamment que l'obligation soit exigible et que le créancier ait interpellé le débiteur (art. 102 CO). S'agissant de l'exigibilité, l'art. 41 al. 1 LCA contient une règle spéciale, à teneur de laquelle la créance résultant du contrat d'assurance est échue quatre semaines après le moment où l'assureur a reçu les renseignements de nature à lui permettre de se convaincre du bien-fondé de la prétention.

La jurisprudence admet, par application analogique de l'art. 108 ch. 1 CO, qu'une interpellation est superflue lorsque le débiteur manifeste clairement qu'il ne s'exécutera pas (ATF 97 II 58 consid. 5). Ainsi, dans les cas où un assureur refuse définitivement et à tort son devoir de verser des prestations, celles-ci sont échues à la date de ce refus, sans que d'autres démarches ne soient nécessaires et sans qu'il ne soit nécessaire d'attendre l'écoulement du délai de quatre semaines de l'art. 41 al. 1 LCA (arrêt TC FR 608 2018 130 du 3 avril 2019 consid. 5.2; NEF *in* Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, art. 41 n. 20; voir aussi GROLIMUND/VILLARD dans le volume complémentaire à l'ouvrage précité, 2012, art. 41 n. 20).

7.3. En l'espèce, par courrier du 17 septembre 2019, après des échanges de courriels avec H. _____ AG et B. _____ SA, la défenderesse a informé le demandeur de sa position selon laquelle il n'était pas couvert par le contrat d'assurance sur lequel il fondait ses prétentions. Elle a ainsi refusé de façon claire et définitive de reprendre le versement des indemnités journalières au-delà du 14 juillet 2019, dernier jour pour lequel une indemnité a été payée. Conformément à ce qui précède, la communication de ce refus – infondé comme il a été vu ci-dessus – de verser les prestations dues a eu pour effet de rendre exigibles dès le 17 septembre 2019 les indemnités journalières dues depuis le 15 juillet 2019 jusqu'à cette date. Elle a également eu pour conséquence qu'à partir du 17 septembre 2019, les indemnités journalières dues au demandeur sont devenues immédiatement exigibles.

Il en résulte que la défenderesse était en demeure dès le 18 septembre 2019 de verser les indemnités journalières pour la période du 15 juillet 2019 au 17 septembre 2019 (65 indemnités). Puis, pour le solde des indemnités journalières dues dès le 18 septembre 2019 (353 – 65 = 288), elle a été en demeure de les verser au fur et à mesure de leur échéance quotidienne respective. Un intérêt de 5% l'an pourrait dès lors être dû sur un montant de CHF 8'515.- (65 indemnités x CHF 131.-), dès le 18 septembre 2019, et sur le solde de CHF 37'728.- (288 indemnités x CHF 131.-), dès le 9 février 2020 (échéance moyenne).

Dans ces circonstances, il y a également lieu de faire droit aux conclusions du demandeur relatives aux intérêts moratoires qu'il requiert à 5% l'an depuis le 6 décembre 2019 sur CHF 21'353.- (163 indemnités), depuis le 1^{er} janvier 2020 sur 2'751.- (21 indemnités), depuis le 25 mars 2020 sur CHF 8'122.- (62 indemnités) et enfin depuis le 29 juin 2020 sur CHF 14'017.- (107 indemnités).

8. *Sort de la demande, frais et dépens*

8.1. Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, la demande doit être admise dans le sens des conclusions formulées en dernier lieu le 26 juin 2020.

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

8.3. Le demandeur obtenant gain de cause, il a droit à des dépens mis à la charge de la défenderesse (art. 106 al. 1 CPC).

8.3.1. Les dépens seront fixés de façon détaillée (art. 64 s. du règlement cantonal du 30 novembre 2010 sur la justice, RJ; RSF 130.11). Il sera tenu 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).

8.3.2. En l'espèce, la liste de frais produite par le mandataire du demandeur fait état, pour la période du 28 novembre 2019 au 12 janvier 2021, plus les opérations qui feront suite à la notification de l'arrêt, d'une durée de travail totale de 44 heures et 15 minutes, de débours à hauteur de CHF 553.15 facturés de manière forfaitaire et d'une TVA de 7,7%, ce qui correspond à un montant total de frais de CHF 14'533.35 (CHF 12'881.15 d'honoraires au tarif de CHF 290.10/heure, CHF 553.15 de débours et CHF 1'039.05 de TVA).

Les opérations relatives au premier échange d'écritures, y compris l'entretien avec le mandant, peuvent être admises à concurrence de 9 heures. Il sera compté 3 heures pour la préparation et la participation aux premiers débats d'instruction, hors indemnité de déplacement. Les opérations effectuées en lien avec les échanges d'écritures postérieurs à ces premiers débats jusqu'au second seront admis à concurrence de 10 heures. Il sera compté 6 heures pour la préparation et la participation aux seconds débats d'instruction. Les opérations relatives aux échanges d'écritures ultérieurs, y compris celles concernant la lecture et l'analyse du présent arrêt, seront admises à concurrence de 10 heures. Une durée de travail de 38 heures sera ainsi retenue, au tarif horaire majoré de CHF 290.10 (CHF 250.- x 116.44%), pour une indemnité de base de CHF 11'023.80, à laquelle s'ajoute un forfait de CHF 300.- pour les opérations relevant de la simple gestion administrative du dossier.

Les débours fixés forfaitairement s'élèvent à CHF 475.-, soit 5% de l'indemnité de base non majorée (38 heures x CHF 250.-/heure x 5%). S'y ajoutent les indemnités de déplacement requises à concurrence de CHF 60.-.

Sur la base de ce qui précède, les dépens seront fixés à CHF 11'858.80 (11'023.80 + 300.- + 475.- + 60.-), plus CHF 913.15 au titre de la TVA (CHF 11'858.80 x 7.7%).

8.3.3. Vu l'octroi de cette indemnité, il n'y a pas lieu de fixer celle qui aurait été due au défendeur d'office dans le cadre de l'assistance judiciaire accordée par décision du 17 février 2020 (cause 608 2019 322 ; voir partie en fait let. f), celle-ci lui étant subsidiaire.

la Cour arrête:

I. La demande est admise.

Partant, F. _____ SA est astreinte à verser à A. _____ CHF 46'243.- avec intérêts à 5% depuis le 6 décembre 2019 sur CHF 21'353.-, depuis le 1^{er} janvier 2020 sur CHF 2'751.-, depuis le 25 mars 2020 sur CHF 8'122.- et depuis le 29 juin 2020 sur CHF 14'017.-.

Ce montant sera versé sur le compte-clients de Me Alain Ribordy (IBAN uuu), en faveur de la commune de E. _____ à concurrence des prestations d'aide sociale versées du 14 juillet 2019 au 16 juillet 2020 et en faveur de A. _____ pour le solde.

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

III. F. _____ SA est astreinte à verser à A. _____, en main de son mandataire, une indemnité de partie de CHF 11'858.80, plus CHF 913.15 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 9 avril 2021/msu

Le Président :

La Greffière-stagiaire :