



**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

[www.fr.ch/tc](http://www.fr.ch/tc)

608 2021 23

## **Arrêt du 26 août 2024**

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

#### **Composition**

Présidente : Daniela Kiener  
Juges : Anne-Sophie Peyraud, Marc Sugnaux  
Greffière-stagiaire : Christelle Acevedo

#### **Parties**

**A. \_\_\_\_\_, demandeur et défendeur reconventionnel,**  
représenté par Me Nicolas Maternini, avocat,

contre

**B. \_\_\_\_\_ SA, défenderesse et demanderesse  
reconventionnelle**

#### **Objet**

Assurance collective en cas de maladie – forme des allégués de la demande reconventionnelle – droit aux indemnités perte de gain – annulation du contrat d'assurance au regard d'une éventuelle prétention frauduleuse, réticence ou tromperie

Demande du 2 février 2021 et demande reconventionnelle du 20 août 2021

## considérant en fait

A. A. \_\_\_\_\_ (le demandeur), né en 1959, est peintre de profession.

Il était le directeur salarié de la société anonyme C. \_\_\_\_\_ S.A., inscrite au registre du commerce en 1997, dont il était également administrateur président, puis administrateur, avec signature individuelle. Depuis octobre 2013, ses fils D. \_\_\_\_\_ et E. \_\_\_\_\_ étaient également administrateurs de cette société, tous deux avec signature collective à deux. La société avait pour but l'exploitation d'une entreprise de gypserie, peinture, plâtrerie, décoration, revêtements de sol, façades, papiers peints et isolation périphérique. Elle avait pour siège F. \_\_\_\_\_, à l'adresse route G. \_\_\_\_\_, F. \_\_\_\_\_ (voir extrait du registre du commerce, [www.fr.ch/rc](http://www.fr.ch/rc), consulté à la date de l'arrêt).

L'engagement du demandeur comme directeur salarié de C. \_\_\_\_\_ S.A. a cessé au 28 février 2019. Il est ensuite resté administrateur de la société.

La faillite de C. \_\_\_\_\_ S.A. a été prononcée le 14 novembre 2019. Elle est depuis lors en liquidation (voir extrait du registre du commerce, [www.fr.ch/rc](http://www.fr.ch/rc), consulté à la date de l'arrêt).

B. Le demandeur était également, dès l'inscription de celle-ci au registre du commerce le 30 mai 2017, administrateur président avec signature individuelle de la société anonyme H. \_\_\_\_\_ SA. Ses fils D. \_\_\_\_\_ et E. \_\_\_\_\_ étaient également administrateurs de cette société, tous deux avec signature collective à deux. La société a le but résumé suivant: « *Effectuer, tant pour son compte que pour le compte de tiers, des opérations d'investissement, de représentation, d'achat, de vente, de courtage, d'étude, de promotion, de gérance, de financement, de mises en valeur et de constructions immobilières, tant en Suisse qu'à l'étranger; réaliser tous plans, projets et plans financiers pour l'exécution de travaux de construction; exécuter ou faire exécuter et surveiller tous travaux de construction; importer, exporter et distribuer, tant pour son compte que pour le compte de tiers, des matériaux, des éléments de construction et des installations, y compris tous accessoires et objets annexes* ». Elle avait pour siège F. \_\_\_\_\_, à la même adresse que C. \_\_\_\_\_ S.A. (voir extrait du registre du commerce, [www.fr.ch/rc](http://www.fr.ch/rc), consulté à la date de l'arrêt).

Depuis le 1<sup>er</sup> mars 2019, le demandeur a perçu de H. \_\_\_\_\_ SA un salaire mensuel net de CHF 7'219.70, plus une indemnité de CHF 400.- pour des frais de représentation, au titre de directeur. Pour le mois de septembre 2019, il a reçu un salaire net réduit de CHF 5'645.70, plus l'indemnité de CHF 400.- (voir décomptes de salaire et attestation bancaire, pièce 6s. du bordereau du demandeur).

C. Selon propositions d'assurance du 5 février 2019 et polices d'assurances du 12 février 2019 (pièce 3 du bordereau du demandeur; pièces 54 et 55 du bordereau de la défenderesse), H. \_\_\_\_\_ SA a conclu avec B. \_\_\_\_\_ SA des contrats d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et des contrats d'assurance en cas d'accident. Plus spécifiquement, la police d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie mentionne une durée du 1<sup>er</sup> mars 2019 au 31 décembre 2024, une durée des prestations de 730 jours avec imputation d'un délai d'attente de 30 jours par incapacité, une couverture de 80% du salaire, des salaires annuels annoncés de CHF 111'150.- pour les hommes employés et de CHF 45'500.- pour les femmes employées, ainsi qu'une prime annuelle de CHF 1'347.- (pièce 56 du bordereau de la défenderesse).

D. Le 19 septembre 2019, l'inscription du demandeur comme administrateur président de H.\_\_\_\_\_ SA a été radiée du registre du commerce. Son fils D.\_\_\_\_\_ en est devenu l'administrateur président et son fils E.\_\_\_\_\_ en est resté administrateur. Ils ont tous deux disposé depuis lors de la signature individuelle. Le 22 septembre 2020, le siège de la société a été transféré de F.\_\_\_\_\_ à I.\_\_\_\_\_, à l'adresse J.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_ (voir extrait du registre du commerce, [www.fr.ch/rc](http://www.fr.ch/rc), consulté à la date de l'arrêt). L'adresse est celle d'un appartement de 5.5 pièces acquis par H.\_\_\_\_\_ SA en 2018 (voir réponse allégué 60).

E. Le 11 octobre 2019, H.\_\_\_\_\_ SA a adressé à la B.\_\_\_\_\_ SA une déclaration de maladie pour le demandeur. Elle a mentionné une incapacité de travail dès le 6 septembre 2019 pour cause de maladie, un taux d'activité de 100% pour un temps de travail hebdomadaire de 40 heures, ainsi qu'un salaire annuel de CHF 102'600.-, plus une gratification de CHF 8'550.- (pièce 58 du bordereau de la défenderesse).

Le médecin généraliste traitant du demandeur a attesté le 16 octobre 2019 une incapacité de travail de 100% dès le 6 septembre 2019 pour une période indéterminée, en raison d'un épisode anxio-dépressif réactionnel depuis septembre 2019. Dans une rubrique « *plaintes subjectives du patient* », il a précisé ce qui suit: « *Depuis plusieurs mois, ce patient qui est à la tête d'une entreprise de peinture présente des symptômes liés à un état anxio-dépressif suite à d'importantes difficultés dans l'entreprise qui sera prochainement mise en faillite* » (pièce 15 du bordereau du demandeur).

L'incapacité de travail a été par la suite régulièrement attestée par les médecins traitants du demandeur. Celui-ci a par ailleurs été hospitalisé à plusieurs reprises en établissement de soins psychiatriques (pièces 16ss du bordereau du demandeur).

F. Le 5 novembre 2019, B.\_\_\_\_\_ SA a requis de H.\_\_\_\_\_ SA la production du contrat de travail du demandeur, de ses décomptes de salaire et du numéro de compte bancaire sur lequel les versements ont été effectués, des renseignements sur le contrat d'assurance LPP, une liste du personnel occupé depuis 2017, les décomptes TVA depuis 2017, ainsi que la copie des décomptes AVS 2017 et 2018 et des factures y relatives. Le 11 novembre 2019, H.\_\_\_\_\_ SA a produit les décomptes de salaire du demandeur pour la période du 1<sup>er</sup> mars 2019 au 30 septembre 2019, une pièce bancaire attestant le paiement de ces salaires, ainsi qu'une copie de l'annonce d'affiliation auprès d'une institution de prévoyance. Elle a notamment précisé que le contrat de travail avec le demandeur avait été conclu oralement, que son personnel était composé du demandeur et de son épouse, L.\_\_\_\_\_, et qu'elle n'employait pas de personnel avant le 1<sup>er</sup> mars 2019 (pièce 62s. du bordereau de la défenderesse).

Sur cette base, le 18 novembre 2019, B.\_\_\_\_\_ SA a versé en main de H.\_\_\_\_\_ SA un montant total de CHF 13'642.15 correspondant aux indemnités journalières en faveur du demandeur pour la période du 6 septembre 2019 au 30 novembre 2019 (56 indemnités à CHF 243.61, en tenant compte du délai d'attente de 30 jours; pièce 123 du bordereau de la défenderesse).

Elle a ensuite versé régulièrement des indemnités calculées sur les mêmes bases jusqu'au 16 février 2020, pour un montant total de CHF 19'001.60 (78 indemnités à CHF 243.61).

Puis, se référant à un rapport d'expertise psychiatrique établi à sa demande en décembre 2019, faisant ressortir une capacité de travail recouvrée d'abord à 50%, avec pronostic d'amélioration à 80% dès le 1<sup>er</sup> avril 2020 et à 100% dès le 1<sup>er</sup> juillet 2020, elle a réduit de 50% le montant des indemnités versées dès le 17 février 2020. Elle est cependant revenue sur sa position après avoir

été informée que le demandeur avait été hospitalisé le 8 février 2020. Elle a ainsi repris le paiement des indemnités journalières complètes du 17 février 2020 au 31 mai 2020, pour un montant total de CHF 25'579.05 (105 indemnités à CHF 243.61).

Dans un courrier du 19 mai 2020, elle a toutefois requis de H. \_\_\_\_\_ SA le remboursement d'un montant de CHF 21'681.30, correspondant aux indemnités journalières versées pour la période du 4 mars 2020 au 31 mai 2020, au motif qu'en raison d'un retard dans le paiement de la prime, le droit aux prestations était suspendu durant cette période (pièce 28 du demandeur).

Dans le courrier du 19 mai 2020 précité, B. \_\_\_\_\_ SA a par ailleurs annoncé qu'après avoir requis un complément d'expertise et pris l'avis de son médecin conseil, les conditions d'un droit à des indemnités réduites de 50% pouvaient encore être remplies du 1<sup>er</sup> juin 2020 au 31 juillet 2020, sur présentation d'un certificat médical et pour autant que les arriérés de primes soient payés. Suite au règlement de ces arriérés et à des avis médicaux faisant notamment suite à une nouvelle hospitalisation du demandeur, elle a reconnu le droit à des indemnités journalières pour la période du 15 juin 2020 au 13 septembre 2020, pour un total de CHF 22'168.50 (91 indemnités à CHF 243.61). Elle a toutefois presque intégralement compensé ce montant avec celui de CHF 21'681.30 exigé en remboursement pour la période du 4 mars 2020 au 31 mai 2020. Elle n'a ainsi versé à H. \_\_\_\_\_ SA qu'un solde de CHF 487.20 (voir décompte, pièce 124 du bordereau de la défenderesse).

G. Le versement de l'indemnité journalière a été suspendu une nouvelle fois le 14 septembre 2020, au motif que la situation devait être clarifiée. A cette date, la défenderesse a invité le demandeur à un entretien dans ses locaux qui a eu lieu le 6 octobre 2020, en présence de son mandataire (pièce 32 du bordereau du demandeur; pièce 111 du bordereau de la défenderesse). A cette occasion, elle a requis du demandeur des explications notamment quant au type et au caractère effectif de son activité au sein de H. \_\_\_\_\_ SA à partir du 1<sup>er</sup> mars 2019. Des compléments ont encore été requis et produits par échanges ultérieurs de courriels et par courrier du 9 novembre 2020 du mandataire du demandeur (pièces 33ss du demandeur; pièces 115ss de la défenderesse).

Par courriel du 20 novembre 2020, B. \_\_\_\_\_ SA a finalement retenu que le demandeur n'avait apporté aucune preuve d'une quelconque activité lucrative au sein de H. \_\_\_\_\_ SA. Elle a indiqué que l'ensemble des prestations versées allait être demandé en remboursement (pièce 120 du bordereau de la défenderesse).

H. Par demande du 2 février 2021 déposée par son mandataire auprès du Tribunal cantonal (cause 608 2021 23), complétée le 8 février 2021, le demandeur prend les conclusions suivantes, sous suite de frais et dépens :

1. [Le demandeur] est reconnu employé de la société H. \_\_\_\_\_ SA depuis le 1<sup>er</sup> mars 2019.
2. B. \_\_\_\_\_ SA est condamnée à verser [au demandeur], à titre d'indemnités journalières à 100%, le montant de CHF 62'851.25 pour la période du 6 septembre 2019 au 14 janvier 2021 (CHF 121'074.15 – CHF 58'222.75 déjà versés).
3. B. \_\_\_\_\_ SA est condamnée à verser [au demandeur], à titre d'indemnités journalières à 100%, le montant de CHF 56'761.15 pour la période du 15 janvier 2021 jusqu'à la fin de son droit [(730 jours d'indemnités journalières – 497 jours d'indemnités journalières) x CHF 243.61].

A l'appui de sa position, il fait valoir en substance que les soupçons de la défenderesse quant à son réel travail au sein de H. \_\_\_\_\_ SA sont totalement infondés et que l'ensemble des conditions du droit à l'indemnité journalière sont remplies pour la période de 730 jours à compter du 6 septembre 2019.

Par mémoire séparé du 2 février 2021 (cause 608 2021 24), le demandeur dépose une requête d'assistance judiciaire, concluant notamment à ce que ses mandataires lui soient désignés défenseurs d'office.

I. Dans sa réponse du 12 mai 2021, B. \_\_\_\_\_ SA conclut au rejet de la demande, sous suite de frais et dépens, au motif que le contrat d'assurance litigieux a été conclu avec B. \_\_\_\_\_ SA, soit une autre société du même groupe.

Par ordonnance du 30 juin 2021 relative à l'identité de la défenderesse, après échanges de courriers avec B. \_\_\_\_\_ SA, B. \_\_\_\_\_ SA et le demandeur, le Juge délégué à l'instruction constate que la désignation de la défenderesse dans la demande du 2 février 2021 est entachée d'une inexactitude purement formelle qui doit être relevée d'office, de telle sorte que la défenderesse à l'action est bien B. \_\_\_\_\_ SA. Il invite en conséquence celle-ci à déposer sa réponse.

Cela étant, par suite de fusion avec B. \_\_\_\_\_ SA, B. \_\_\_\_\_ SA a été radiée du registre du commerce avec effet au 22 juin 2021 (voir publication FOSC No. 10052229403 du 25 juin 2021, disponible sous [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), consulté à la date de l'arrêt). A partir de cette date, la défenderesse est B. \_\_\_\_\_ SA.

J. Le 20 août 2021, B. \_\_\_\_\_ SA (ci-après: la défenderesse) dépose un mémoire de réponse et de demande reconventionnelle. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet de la demande et, reconventionnellement, à ce que le demandeur soit condamné à restituer l'ensemble des prestations perçues par CHF 58'710.-, plus intérêts à 5% « *au jour du dépôt de la présente réponse* ».

A l'appui de ses conclusions, elle allègue en particulier que le demandeur n'a pas travaillé dès le 1<sup>er</sup> mars 2019 pour H. \_\_\_\_\_ SA, mais qu'il a en réalité continué à travailler, comme son épouse du reste, pour C. \_\_\_\_\_ S.A. , dans les locaux de celle-ci. Elle ajoute qu'une autre société, M. \_\_\_\_\_ Sàrl, dont le but est similaire à celui de C. \_\_\_\_\_ S.A. et qui a acheté une flotte de véhicules qui appartenait formellement au demandeur, a été créée peu auparavant en juillet 2019 par les fils du demandeur, même si l'unique associé gérant est formellement un tiers, N. \_\_\_\_\_. Elle précise que cette création est intervenue quelques mois avant que la faillite de C. \_\_\_\_\_ S.A. ne soit déclarée le 14 novembre 2019. Elle déduit de ces éléments que les versements de H. \_\_\_\_\_ SA au demandeur et à son épouse, y compris pour le mois de septembre 2019 alors que le demandeur était en incapacité de travail depuis début septembre 2019, ne correspondaient pas à une activité effective.

Dans son mémoire, la défenderesse fait également état des développements d'une procédure relative à une plainte pénale déposée le 8 février 2021 par le demandeur pour lésions corporelles simples, menace, contrainte et éventuellement lésions corporelles graves à l'encontre de trois collaborateurs de la défenderesse, ainsi que contre les organes légaux et statutaires de celle-ci, notamment en lien avec la suspension du versement des indemnités perte de gain par la défenderesse.

K. Le 10 septembre 2021, la défenderesse produit un courrier du 9 septembre 2021 adressé à H. \_\_\_\_\_ SA, par lequel elle annule le contrat d'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie, avec effet rétroactif au 5 septembre 2019, à savoir la veille des premières prestations réclamées et versées, aux motifs suivants: « *De notre analyse, il ressort que le contrat d'assurance a été conclu dans le but d'assurer en indemnités journalière maladie des employés d'une société tierce, en situation de surendettement dont la faillite était inéluctable. Les éléments récoltés permettent d'affirmer que les prétentions formulées à l'encontre [de la défenderesse] sont frauduleuses au sens de l'art. 40 LCA.* ». Dans son courrier, la défenderesse ajoute que les indemnités versées à H. \_\_\_\_\_ SA font l'objet d'une demande en paiement [reconventionnelle] à l'encontre du demandeur et que les factures d'acomptes de primes pour 2020 et 2021 sont annulées.

L. Le 12 octobre 2021, les parties comparaissent à des débats d'instruction devant le Juge délégué. Il est procédé à une tentative de conciliation qui n'aboutit pas en l'état, mais à l'issue de laquelle les parties conviennent d'entrer en négociation.

Par courrier du 15 février 2022, le demandeur requiert la reprise de la procédure. Un délai lui est ainsi imparti pour déposer une réplique, ainsi que sa réponse à la demande reconventionnelle.

Par courrier du 23 mai 2022, après deux prolongations de délai, le demandeur requiert que la défenderesse soit invitée à régulariser sa réponse et demande reconventionnelle en distinguant ses allégués selon leur nature. Il ajoute que l'affaire pénale qui l'oppose aux employés de la défenderesse et à la défenderesse elle-même a repris, que son mandataire précédent a également introduit une plainte pénale à titre personnel, que de nouveaux contacts entre les parties pourraient avoir lieu dans ce cadre et que les instructions pénales en cours pourraient avoir une influence sur la présente procédure, dont il a demandé la suspension.

La défenderesse s'opposant à la suspension de la procédure, après un échange de déterminations entre les parties, les requêtes de régularisation et de suspension du demandeur ont été rejetées.

Parallèlement à la présente procédure judiciaire, par courrier du 4 mai 2022, H. \_\_\_\_\_ SA résilie les contrats collectifs en matière d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie, d'assurance-accidents et d'assurance-accidents complémentaire. Puis, le 29 juin 2022, elle indique à la défenderesse qu'elle n'a pas versé de salaire en 2021, demandant dès lors l'annulation des factures de primes relatives à cette année. Suite à cela, la défenderesse établit un décompte de primes rectificatif pour l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie, pour la période du 1<sup>er</sup> mars 2019 au 5 septembre 2019. Enfin, le 18 août 2022, H. \_\_\_\_\_ SA conteste ce décompte en indiquant que les primes sont dues pour toute la durée de l'incapacité de travail du demandeur (pièces 141ss de la défenderesse).

M. Dans sa réplique et réponse à la demande reconventionnelle du 7 octobre 2022, le demandeur confirme les conclusions de sa demande, telles que modifiées le 8 février 2021, et conclut à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet de la demande reconventionnelle, sous suite de frais et dépens. Sous l'angle procédural, il reproche à la défenderesse d'avoir formulé ses allégués sans opérer de distinction entre sa réponse et sa demande reconventionnelle. Sur le fond, contestant les affirmations de la défenderesse à cet égard, il réaffirme pour l'essentiel qu'il a effectivement travaillé pour H. \_\_\_\_\_ SA, d'abord en tant qu'administrateur, puis comme employé dès le 1<sup>er</sup> mars 2019, faisant notamment valoir son riche carnet d'adresses. Il réaffirme à cet égard que cette société qui a un but et un domaine plus large que C. \_\_\_\_\_ S.A. « *avait été pensée aussi dans le cadre d'une passation des activités d'une génération à l'autre* ». Il précise en outre le type de travaux qu'il

a effectués pour H. \_\_\_\_\_ SA. Il affirme par ailleurs que celle-ci a poursuivi ses activités après l'incapacité de travail du demandeur en septembre 2019. Enfin, il conteste l'existence de toute réticence lors de la conclusion du contrat d'assurance litigieux et il nie l'existence de toute fraude. Il affirme à cet égard que la situation de C. \_\_\_\_\_ S.A., qui avait des difficultés de liquidités fin 2018, avait alors fait l'objet de mesures d'assainissement, notamment par le biais d'apports personnels du demandeur et de membres de sa famille, qui avaient permis d'écarter, en début d'année 2019, tout risque de faillite. Il relève en outre que la défenderesse adopte un comportement contradictoire en continuant à assurer les collaborateurs de H. \_\_\_\_\_ SA en matière d'assurance-accidents (par une société du même groupe) et d'assurance-accidents complémentaire (par elle-même).

N. Le 10 janvier 2023, la défenderesse formule sa duplique et réplique sur sa demande reconventionnelle. Elle maintient ses conclusions et confirme son argumentation qu'elle complète. Elle indique notamment que, jusqu'en février 2019, H. \_\_\_\_\_ SA était une pure société immobilière, sans employés, et qu'elle a servi dès mars 2019 à faire de la location de personnel à C. \_\_\_\_\_ S.A., par l'embauche de deux collaborateurs qui ne pouvaient plus travailler pour celle-ci en raison de leur retraite annoncée à leur caisse de pension. Elle réaffirme également que c'est dans le but principal d'assurer un revenu au demandeur une fois l'entreprise C. \_\_\_\_\_ S.A. partie en faillite que le contrat d'assurance collective d'indemnités journalières a été conclu.

O. Le 6 mars 2023, le demandeur reproche une nouvelle fois à la défenderesse de ne pas opérer de distinction entre les allégués relatifs à la demande et les allégués relatifs à la demande reconventionnelle. Il requiert que la défenderesse modifie ses écritures dans ce sens et que la procédure soit suspendue jusqu'à ce que l'incertitude y relative soit levée.

Selon courrier du 15 mars 2023 du Juge délégué à l'instruction, il n'est pas donné suite à cette requête. Il est par ailleurs rappelé que, même après le double échange d'écritures, la possibilité pour une partie d'exercer son droit de réplique inconditionnel est réservée.

P. Le 24 avril 2023, le demandeur dépose sa duplique à la demande reconventionnelle du 20 août 2021.

Sous l'angle formel, il conclut à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle, ainsi que du mémoire du 10 janvier 2023 de duplique et de réplique à la demande reconventionnelle, au motif que les écritures y relatives ne permettent pas de distinguer les allégués relatifs à la demande et ceux concernant la demande reconventionnelle.

Sur le fond, il maintient ses conclusions et complète son argumentation. Il établit notamment une liste des fonds investis dans C. \_\_\_\_\_ S.A. par lui-même et ses proches entre janvier 2018 et octobre 2019, pour un total de CHF 1'210'525.-. Il confirme à cet égard que, jusqu'à l'été 2019, la pérennisation de la société familiale semblait garantie, notamment par un carnet de commandes plein, de telle sorte qu'il ne pouvait pas imaginer le coup du sort qui allait s'abattre sur celle-ci à la fin de l'été 2019.

Q. Le 24 avril 2023, le demandeur indique retirer sa requête d'assistance judiciaire du 2 février 2021, au motif qu'il perçoit désormais une rente AVS et qu'il est soutenu par ses proches.

Le 26 avril 2023, le Juge délégué à l'instruction prend acte de ce retrait et raie du rôle la cause d'assistance judiciaire 608 2021 24.

R. Le 17 mai 2023, se déterminant sur la suite de la procédure, le demandeur demande une nouvelle fois sa suspension jusqu'à droit connu sur le plan pénal.

Par courrier du même jour, la défenderesse dépose une brève détermination relative à la duplique sur demande reconventionnelle du 24 avril 2023. Elle s'oppose à toute suspension.

Constatant que la procédure pénale invoquée ne paraît avoir qu'un lien indirect avec la présente procédure civile, le Juge délégué ne donne pas suite à la requête de suspension. Il cite les parties à des débats d'instruction le 25 août 2023. Puis, sur requête du 17 août 2023 faisant valoir son très mauvais état psychique et neurologique, il dispense le demandeur de comparaître personnellement.

Le mandataire du demandeur et le représentant de la défenderesse comparaissent aux débats d'instruction du 25 août 2023 devant le Juge délégué. Il est procédé à une nouvelle tentative de conciliation qui n'aboutit pas. Chaque partie précise ses réquisitions de preuve et se détermine sur celles de la partie adverse. Le 25 août 2023, le mandataire du demandeur dépose une détermination complémentaire sur les preuves à administrer.

Le 10 octobre 2023, le Juge délégué rend son ordonnance de preuves. Il admet les requêtes tendant à l'interrogatoire du demandeur, pour autant qu'il soit en capacité de comparaître, ainsi qu'à l'audition de deux témoins. Il rejette les requêtes tendant à la production du dossier de l'assureur-invalidité, à l'audition de trois médecins, à la production du dossier pénal relatif à la faillite de C.\_\_\_\_\_ S.A. et du dossier pénal relatif aux plaintes déposées par le demandeur contre trois représentants de la défenderesse, à la production de la comptabilité de H.\_\_\_\_\_ SA pour les exercices 2017 à 2021, à la production du dossier de l'institution de prévoyance de H.\_\_\_\_\_ SA, à l'audition de E.\_\_\_\_\_, fils du demandeur, à l'audition de O.\_\_\_\_\_, courtier en assurances, à l'audition de Me P.\_\_\_\_\_, ancien avocat du demandeur, à la production du dossier LPP du demandeur relatif à la sortie de ses avoirs de prévoyance et, enfin, à la production du dossier relatif à l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie de C.\_\_\_\_\_ S.A.

S. Lors des débats d'instruction du 29 janvier 2024, auxquels le demandeur est dispensé de comparaître pour raison de santé, le Juge délégué à l'instruction tente une nouvelle fois la conciliation, sans succès. Il est ensuite procédé à l'audition de deux témoins, N.\_\_\_\_\_, dont la société a été mandatée par C.\_\_\_\_\_ S.A. et par H.\_\_\_\_\_ SA pour des services de comptabilité et qui est par ailleurs administrateur de la société M.\_\_\_\_\_ Sàrl (voir ci-dessus let. G), ainsi que D.\_\_\_\_\_, fils du demandeur. A l'issue de la séance, le représentant de la défenderesse indique qu'il ne renonce pas à l'interrogatoire du demandeur. La procédure probatoire est close sous cette réserve.

T. Le 25 avril 2024, le mandataire du demandeur et le représentant de la défenderesse comparaissent aux débats principaux devant la II<sup>e</sup> Cour des assurances sociales. Ils plaident. Après un deuxième tour de plaidoiries, les débats sont clos.

Le 1<sup>er</sup> mai 2024, le mandataire du demandeur produit sa liste d'opérations.

U. Le 18 juin 2024, comme il l'avait annoncé en séance du 25 avril 2024, le mandataire du demandeur produit une copie d'un courrier adressé le même jour par l'Ordre des avocats fribourgeois à la défenderesse, mettant en cause la pratique de celle-ci concernant l'enregistrement d'auditions d'assurés en cas de présence d'un avocat.



Les 4 et 5 juillet 2024, la défenderesse produit une copie de sa réponse du 2 juillet 2024 au courrier du 18 juin 2024 de l'Ordre des avocats fribourgeois, par laquelle elle donne des explications quant à sa pratique.

## en droit

1.

### *Questions de procédure*

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 en soumettant 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<sup>e</sup> Cour des assurances sociales la compétence pour connaître des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale.

La II<sup>e</sup> Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est dès lors compétente pour statuer dans la présente cause en tant qu'elle porte sur le versement d'indemnités journalières perte de gain en cas de maladie.

La demande du 2 février 2021, complétée le 8 février 2021, est ainsi recevable dans cette mesure.

En tant qu'elle porte sur une prétention en remboursement d'indemnités journalières perte de gain en cas de maladie, la demande reconventionnelle est aussi recevable sous cet angle.

1.2.

1.2.1. La demande tend également à ce que le demandeur soit reconnu employé de H. \_\_\_\_\_ SA depuis le 1<sup>er</sup> mars 2019. En cela, le demandeur semble conclure à ce qu'il soit constaté qu'il fait partie depuis le 1<sup>er</sup> mars 2019 du cercle des assurés de la police d'assurance collective conclue par H. \_\_\_\_\_ SA et sur laquelle il fonde ses prétentions.

1.2.2. L'action en constatation de droit (qui est régie, depuis l'entrée en vigueur du CPC, par l'art. 88 CPC), dans laquelle sont prises des conclusions en constatation de droit, est ouverte si le demandeur a un intérêt – de fait ou de droit – digne de protection à la constatation immédiate de la situation de droit. Selon la jurisprudence, il découle qu'il faut (1) qu'il y ait une incertitude concernant les droits du demandeur, (2) que la suppression de cette incertitude soit justifiée, en ce sens que l'on ne peut exiger du demandeur qu'il tolère plus longtemps la persistance de cette incertitude parce qu'elle l'entrave dans sa liberté de décision, (3) que cette incertitude puisse être levée par la constatation judiciaire et (4) qu'une action condamnatoire (ou en exécution) ou une action formatrice (ou en modification de droit), qui lui permettrait d'obtenir directement le respect de son droit ou l'exécution de son obligation, ne soit pas ouverte (ATF 141 III 68 consid. 2.3; 138 III 378 consid. 2.2 et les références).

Il découle de cette quatrième condition que l'action en constatation de droit est subsidiaire par rapport à l'action condamnatoire ou à l'action formatrice. Seules des circonstances exceptionnelles pourraient conduire à admettre l'existence d'un intérêt digne de protection à la constatation de droit bien qu'une action en exécution soit ouverte. Un litige doit en principe être soumis au juge dans son ensemble par la voie de droit prévue à cet effet; le créancier qui dispose d'une action en exécution ne peut en tout cas pas choisir d'isoler des questions juridiques pour les soumettre séparément au juge par la voie d'une action en constatation de droit (ATF 135 III 378 consid. 2.2 *in fine*; arrêts TF 4A\_279/2020 du 23 février 2021 consid. 2.1, 4A\_508/2016 du 16 juin 2017 consid. 3.1).

Un chef de conclusions en constatation de droit pris simultanément avec un chef de conclusions condamnatoire qui porte sur la même créance est irrecevable, car la constatation ne peut avoir de portée indépendante dans ce cas (arrêt TF 4A\_508/2016 du 16 juin 2017 consid. 3.1; voir ég. arrêt TC FR 608 2022 33 du 28 février 2023 consid. 1.2).

1.2.3. En l'espèce, le chef de conclusions tendant à ce que le demandeur soit reconnu employé de H. \_\_\_\_\_ SA depuis le 1<sup>er</sup> mars 2019, par lequel le demandeur semble conclure à ce qu'il soit constaté qu'il fait partie depuis cette date du cercle des assurés de la police d'assurance collective conclue par celle-ci, se confond avec une des conditions fondant le droit au versement des prestations auxquelles il prétend et qui fait l'objet de ses conclusions condamnatoires.

Ce chef de conclusions en constatation de droit n'a dès lors pas de portée indépendante et doit être déclaré irrecevable.

1.3. La procédure simplifiée est applicable (art. 243 al. 2 let. f CPC), sans égard à la valeur litigieuse. La Cour établit d'office les faits (art. 247 al. 2 let. a CPC).

Le litige est donc soumis à la maxime inquisitoire sociale (arrêt TF 4A\_318/2016 du 3 août 2016 consid. 2.1) et la Cour doit prendre en compte les faits juridiquement pertinents même si les parties ne les ont pas invoqués (ATF 130 III 102 consid. 2.2). 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 (voir BOHNET, CPC annoté 2022, art. 247 n. 2 et la jurisprudence citée; arrêts TC FR 608 2017 60 du 26 avril 2018 consid. 4.2.2; 608 2019 321 du 9 avril 2021 consid. 1.2).

1.4.

1.4.1. Le demandeur conclut à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle du 20 août 2021, ainsi que du mémoire du 10 janvier 2023 de duplique et de réplique à la demande reconventionnelle, au motif que les écritures y relatives ne permettent pas de distinguer les allégués relatifs à la demande de ceux concernant la demande reconventionnelle.

1.4.2. A teneur de l'art. 244 al. 1 CPC, applicable en procédure simplifiée, la demande peut être déposée dans les formes prescrites par l'art. 130 CPC (documents papier ou électroniques, signés) ou dictée au procès-verbal au tribunal. Elle contient (a) la désignation des parties, (b) les conclusions, (c) la description de l'objet du litige, (d) si nécessaire, l'indication de la valeur litigieuse, (e) la date et la signature. L'art. 244 al. 2 CPC précise qu'une motivation n'est pas nécessaire.

La procédure simplifiée doit pouvoir permettre de procéder sans avocat et doit ainsi être particulièrement accessible au non juriste et proche du citoyen. Elle se caractérise ainsi par des exigences moindres quant aux allégations des parties, par le fait qu'en règle générale il n'y a pas de

second échange d'écritures et qu'en revanche, la procédure est essentiellement orale. En conséquence, les exigences quant à la demande sont également moindres qu'en procédure ordinaire. A la différence du procès ordinaire, un véritable mémoire n'est pas exigé pour la demande simplifiée. D'une part elle peut même être dictée au Tribunal. D'autre part aucune motivation juridique au sens étroit n'y est requise, au contraire de la procédure ordinaire. La demande n'a ainsi pas besoin de renfermer des allégués de fait ou de droit, et le demandeur n'est pas davantage tenu d'indiquer les moyens de preuve se rapportant aux allégations respectives. Il suffit que le litige puisse être défini par les indications des parties, les conclusions, respectivement l'objet du litige, et la valeur litigieuse (voir Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse [CPC], FF 2006 6841 p. 6955; arrêt OGer ZH PP110019 du 22 novembre 2011 cité *in* CPC Online ad art. 241 al. 1 CPC).

Les considérations qui précèdent valent logiquement aussi pour la demande reconventionnelle en procédure simplifiée.

1.4.3. En l'espèce, les écritures des parties, notamment la demande du 2 février 2021 et la demande reconventionnelle du 20 août 2021 sont rédigées sous la forme de mémoires structurés, avec une page de garde désignant les parties, des préliminaires, une partie en fait, une partie en droit et des conclusions. Leur contenu est certes très développé, mais l'objet du litige est clairement exprimé. Plus spécifiquement, dans la mesure où les conclusions de la demande et de la demande reconventionnelle se fondent en grande partie sur les mêmes faits, l'absence de distinction formelle entre les faits allégués à l'appui de chacune des deux demandes ne pose pas de problème particulier, d'autant moins au regard des exigences de forme qui sont moindres en procédure simplifiée.

Il en résulte que la conclusion du demandeur tendant à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle du 20 août 2021, ainsi que du mémoire du 10 janvier 2023 de duplique et de réplique à la demande reconventionnelle, doit être rejetée.

1.5. Dans son ordonnance de preuve du 10 octobre 2023, le Juge délégué a indiqué qu'il serait procédé à l'interrogatoire du demandeur, pour autant qu'il soit en capacité de comparaître.

Il ressort du rapport médical établi le 18 janvier 2024 par Dr Q. \_\_\_\_\_, psychiatre traitant, que le demandeur est durablement incapable de comparaître en justice et, plus spécifiquement, de répondre à un interrogatoire, notamment en raison d'un état de santé aggravé sur le plan psychiatrique (stress post-traumatique), de troubles de la mémoire et de troubles de la concentration. Selon ce médecin, un interrogatoire serait voué à l'échec et ne pourrait que péjorer plus encore l'état de santé de son patient.

Sur cette base, le demandeur a été dispensé de comparaître aux débats d'instruction du 29 janvier 2024. Le Juge délégué a ensuite constaté que, vu la teneur du rapport médical, une nouvelle tentative de citation à comparaître pour un interrogatoire en qualité de partie ne pourrait être qu'une vaine démarche qui retarderait la procédure.

Dans la même ligne, compte tenu des troubles médicalement attestés dont souffre le demandeur, l'impossibilité de mettre en œuvre le moyen de preuve qu'aurait constitué son interrogatoire est confirmée. Partant, il est renoncé à cet interrogatoire.

2.

### *Assurance d'indemnités journalières soumise à la LCA*

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

En l'espèce, la police d'assurance collective en cause est soumise aux dispositions de la LCA, dans leur teneur applicable jusqu'au 31 décembre 2021 (voir art. 1 al. 1 Tit. fin. CC, qui instaure le principe de la non-rétroactivité des lois, en relation avec la disposition transitoire relative à la modification du 19 juin 2020 contenue à l'art. 103a LCA [RO 2020 4969]; arrêt TF 9C\_35/2022 du 19 décembre 2022 consid. 3.3).

3.

### *Questions litigieuses*

Le demandeur fonde ses prétentions sur l'existence d'un contrat d'assurance collective perte de gain en cas de maladie liant la défenderesse à H. \_\_\_\_\_ SA, sur le fait qu'en tant qu'employé de celle-ci il était couvert par ce contrat d'assurance et sur la survenance d'un cas d'assurance, à savoir son incapacité de travail dès le 6 septembre 2019 en raison d'une maladie.

Il ressort des écritures des parties et de leurs plaidoiries que la défenderesse n'invoque pas une réticence, en lien avec l'état de santé du demandeur, lors de la conclusion du contrat d'assurance collective.

L'incapacité de travail totale du demandeur à partir du 6 septembre 2019 n'est par ailleurs plus vraiment remise en question.

La contestation porte au contraire sur la validité même du contrat d'assurance qui résulterait selon la défenderesse d'une fraude, sous la forme d'un montage de toutes pièces qui avait pour but de garantir au demandeur un revenu durant deux ans, alors qu'il n'a jamais effectivement travaillé pour H. \_\_\_\_\_ SA. La défenderesse conteste également le bien-fondé des prétentions émises sur cette base, qui seraient autant frauduleuses. Elle invoque les art. 39 et 40 LCA.

Il convient dès lors d'examiner ce qu'il en est.

4.

### *Règles générales relatives à la preuve*

4.1. Selon l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. En l'absence de disposition spéciale contraire, l'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve et détermine quelle partie doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 129 III 18 consid. 2.6).

L'art. 8 CC confère également un droit à la preuve (comme d'ailleurs à la contre-preuve), à la condition qu'il s'agisse d'établir un fait pertinent (voir art. 150 al. 1 CPC), qui n'est pas déjà prouvé, par un moyen de preuve adéquat, proposé régulièrement et en temps utile (voir art. 152 al. 1 CPC).

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. 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 à une conviction et qu'à l'issue d'une appréciation anticipée des moyens de preuve 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; arrêts TF 4A\_273/2019 consid. 3.2.2.1; 4A\_309/2021 du 18 janvier 2022 consid. 4.1 et les références).

5.

*Règles relatives à la prétention frauduleuse (art. 40 LCA), à la réticence (art. 6 LCA) et à la tromperie (art. 28 CO)*

#### 5.1. *Prétention frauduleuse*

5.1.1. Sous le titre marginal « *prétention frauduleuse* », l'art. 40 LCA prévoit que si l'ayant droit ou son représentant, dans le but d'induire l'assureur en erreur, dissimule ou déclare inexactement des faits qui auraient exclu ou restreint l'obligation de l'assureur, ou si, dans le but d'induire l'assureur en erreur, il ne fait pas ou fait tardivement les communications que lui impose l'art. 39 LCA, l'assureur n'est pas lié par le contrat envers l'ayant droit.

D'un point de vue objectif, la dissimulation ou la déclaration inexacte doit porter sur des faits qui sont propres à remettre en cause l'obligation même de l'assureur ou à influencer sur son étendue; en d'autres termes, une communication correcte des faits conduirait l'assureur à verser une prestation moins importante, voire aucune prestation. Ainsi en est-il lorsque l'ayant droit déclare un dommage plus étendu qu'en réalité, notamment en donnant des indications trop élevées sur le prix d'acquisition de la chose assurée. De surcroît, l'ayant droit doit, sur le plan subjectif, avoir l'intention de tromper. Il doit avoir agi avec la conscience et la volonté d'induire l'assureur en erreur, afin d'obtenir une indemnisation plus élevée que celle à laquelle il a droit; peu importe à cet égard qu'il soit parvenu à ses fins (arrêt TF 4A\_613 2017 du 28 septembre 2018 consid. 6.1.1).

5.1.2. L'assureur peut alors refuser toute prestation, ce même si la fraude se rapporte à une partie seulement du dommage (arrêt TF 4A\_613 2017 précité consid. 6.1.2).

Une autre conséquence de l'art. 40 LCA est que l'assureur peut se départir du contrat et répéter en principe les prestations qu'il a déjà versées. La résolution du contrat, laquelle produit des effets *ex tunc*, ne rétroagit qu'au jour de la fraude et non pas à celui de la conclusion du contrat (GUYAZ *in* Commentaire romand LCA, art. 40 n. 30s.)

L'assureur ne peut se départir du contrat, si la tromperie émane d'un assuré qui n'est pas en même temps preneur d'assurance, soit partie au contrat. Si l'ayant droit est une personne tierce assurée – par exemple dans le cadre d'un contrat collectif – et qu'il formule une prétention frauduleuse au sens de l'art. 40 LCA, l'assureur dispose uniquement du droit de refuser ses prestations. Il en va différemment si cet assuré a agi en qualité d'organe de la société partie au contrat (GUYAZ, art. 40 n. 32 et les références).

5.1.3. Conformément à l'art. 39 LCA, l'ayant droit doit établir les faits permettant de justifier ses prétentions à l'encontre de l'assureur, à savoir l'existence d'un contrat d'assurance, la survenance d'un cas d'assurance et l'ampleur de la prétention (ATF 141 III 241 consid. 3.1).

Par contre, l'invocation d'une prétention frauduleuse constituant un moyen libératoire, il incombe à l'assureur de prouver les faits permettant l'application de l'art. 40 LCA, au moins au degré de la vraisemblance prépondérante. Ce degré de preuve est également applicable à la preuve de la volonté de tromper, laquelle est par définition difficile à apporter. Dans le cadre de sa contre-preuve, l'ayant droit doit simplement éveiller des doutes quant à la prétention frauduleuse alléguée par l'assureur, non pas apporter la preuve de ce qu'il avance (GUYAZ, art. 40 n. 20 et les références).

La jurisprudence se satisfait généralement du même degré de preuve de la vraisemblance prépondérante s'agissant de la survenance d'un cas d'assurance, notamment en matière d'assurance-vol (ATF 130 III 321 consid. 3.2; arrêt TF 4A\_613 2017 précité consid. 6.1.3). Ce n'est en revanche pas le cas pour une potentielle incapacité de travail, qui peut être prouvée sans autre par un certificat correspondant. Dans ce cas, le degré de preuve ordinaire de la pleine conviction s'applique (ATF 148 III 105 consid. 3.3.1; GUYAZ, art. 40 n. 3).

5.1.4. Sous le titre « *prétention frauduleuse* », l'art. 10 des « *conditions générales de l'assurance collective d'une indemnité journalière en cas de maladie*, édition 01.09.2016 » (ci-après: CGA 2016; pièce 57 du bordereau de la défenderesse), intégrées au contrat d'assurance collective litigieux, a la teneur suivante: « *La police peut être annulée ou résiliée lorsque le preneur d'assurance a fait ou cherché à faire des profits illicites au préjudice de l'assureur* ».

Cette disposition des conditions générales n'a pas été valablement alléguée par la défenderesse dans ses écritures. A cet égard, le fait qu'elle soit mentionnée dans la lettre du 9 septembre 2021 (bordereau de la défenderesse, pièce 128) par laquelle la défenderesse a déclaré que le contrat était « *annulé rétroactivement au 5 septembre 2019, à savoir à la veille des premières prestations réclamées et versées* », en se référant tant à l'art. 40 LCA qu'à l'art. 10 des CGA 2016, n'y change rien.

Quoi qu'il en soit, vu son texte, l'art. 10 des CGA 2016 ne paraît pas avoir de portée propre par rapport à celle de l'art. 40 LCA.

## 5.2. *Réticence*

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

Les faits qu'il faut déclarer sont non seulement ceux qui peuvent constituer une cause de risque, mais aussi ceux qui permettent de supposer l'existence d'une cause de risque; en revanche, le preneur n'a pas à annoncer des faits au sujet desquels il n'est pas interrogé. La question posée par l'assureur doit être formulée par écrit et être rédigée de manière précise et non équivoque. Le proposant doit répondre de manière véridique aux questions telles qu'il peut les comprendre de bonne foi; on ne saurait dire qu'il y a réponse inexacte si la question était ambiguë, de telle sorte que la réponse donnée apparaît véridique selon la manière dont la question pouvait être comprise de bonne foi par le proposant (ATF 136 III 334 consid. 2.3; 134 III 511 consid. 3.3.2 et 3.3.4; arrêt TF 4A\_25/2017 du 29 mars 2017 consid. 2.1).

Pour qu'il y ait réticence, il faut, d'un point de vue objectif, que la réponse donnée à la question ne soit pas conforme à la vérité, par omission ou inexactitude; la réticence peut consister à affirmer un fait faux, à taire un fait vrai ou à présenter une vision déformée de la vérité. D'un point de vue subjectif, la réticence suppose que le proposant connaissait ou aurait dû connaître la vérité (voir art. 4 al. 1 et art. 6 al. 1 LCA). Le proposant doit déclarer non seulement les faits qui lui sont connus sans autre réflexion, mais aussi ceux qui ne peuvent lui échapper s'il réfléchit sérieusement à la question posée (ATF 136 III 334 consid. 2.3; 134 III 511 consid. 3.3.3; arrêt TF 4A\_25/2017 du 29 mars 2017 consid. 2.1).

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

5.2.2. Les effets de la réticence sont lourds pour l'ayant droit, du moment que l'assureur est en droit de résilier le contrat; il doit le faire par écrit et la résiliation prend effet lorsqu'elle parvient au preneur d'assurance (art. 6 al. 1 LCA). Cette résiliation produit ainsi ses effets *ex nunc*, c'est-à-dire seulement pour le futur (ATF 138 III 416 consid. 6.1; arrêt TF 4A\_150/2015 du 29 octobre 2015 consid. 7.2).

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

5.2.3. La jurisprudence exige que la déclaration de résiliation – ou d'exclusion du cercle des assurés – (comme conséquence de la réticence) soit motivée avec précision; la déclaration doit mentionner la question qui a reçu une réponse inexacte et préciser de façon circonstanciée en quoi consiste le fait important non déclaré ou inexactement déclaré. Une déclaration de résiliation qui ne mentionne pas la question précise à laquelle il a été répondu inexactement n'est pas suffisamment détaillée. Il convient de se montrer strict lorsqu'il y a lieu de procéder à l'examen de la validité d'une déclaration de résiliation de contrat d'assurance – ou d'exclusion du cercle des assurés –, au vu des conséquences sévères qu'entraîne pour l'assuré la réticence. Si la loi impose au proposant de déclarer, suivant un questionnaire écrit, tous les faits qui sont importants pour l'appréciation du risque, il est conforme au droit d'attendre de l'assureur, qui invoque la réticence de l'assuré, qu'il précise à quelle interrogation celui-ci n'a pas répondu ou répondu de manière inexacte (ATF 129 III 713 consid. 2.1, 110 II 499 consid. 4c; arrêts TF 9C\_35/2022 du 19 décembre 2022 consid. 3, 4A\_376/2014 du 27 avril 2015 consid. 2.3.1).

5.2.4. Non seulement l'assureur n'est plus lié pour l'avenir, mais il peut encore refuser sa prestation pour un sinistre déjà survenu et obtenir le remboursement de la prestation qu'il a accordée pour un tel sinistre, lorsque le fait qui a été l'objet de la réticence a influé sur la survenance ou l'étendue du sinistre. Son obligation de fournir des prestations reste par contre intacte, malgré la résiliation du contrat, si la réticence n'a pas influencé la survenance du sinistre ou l'étendue de la prestation à fournir (art. 6 al. 3 LCA; ATF 138 III 416 consid. 6.3 et 6.4; arrêt TF 4A\_25/2017 du 29 mars 2017 consid. 2.1).

5.2.5. L'art. 6 al. 2 LCA prévoit encore que le droit de résiliation s'éteint quatre semaines après que l'assureur a eu connaissance de la réticence. Ce délai de quatre semaines ne commence à courir qu'à partir du moment où l'assureur a eu une connaissance effective, certaine et complète de la réticence, et non pas à partir du moment où il aurait pu en avoir connaissance. Il s'agit d'un délai de péremption (arrêt TF 9C\_768/2016 du 15 mars 2017 consid. 5.2).

5.2.6. L'état de fait visé par l'art. 6 LCA se différencie de la problématique de la prétention frauduleuse, au sens de l'art. 40 LCA, par le moment de la dissimulation ou de la fausse déclaration. La prétention frauduleuse implique que le contrat soit entré en vigueur ou, à tout le moins, que la proposition d'assurance ait été valablement acceptée par l'assureur. En d'autres termes, lorsque l'assuré ne déclare pas un fait important pour l'assureur, lors des négociations, il s'agit d'un cas de réticence. A l'inverse, lorsque l'assuré déclare un fait inexact au moment où il soulève la prétention d'assurance, il s'agit d'un cas de sinistre frauduleux (GUYAZ, art. 40 n. 3; MONNARD SÉCHAUD *in* Commentaire romand LCA, art. 6 n. 33).

### 5.3. *Tromperie*

5.3.1. Le Code des obligations (CO; RS 220) contient des règles générales concernant les vices de la volonté lors de la conclusion d'un contrat. Plus spécifiquement, l'art. 28 CO régit le cas de la tromperie en énonçant que « *la partie induite à contracter par le dol de l'autre n'est pas obligée, même si son erreur n'est pas essentielle* ». Le dol réglé par cette disposition concerne la conclusion du contrat: l'auteur du dol induit l'autre partie à contracter soit en créant, soit en exploitant l'erreur qui motive celle-ci à conclure le contrat. Peu importe que cette erreur soit essentielle ou non, il suffit que le dol ait une influence causale sur la volonté de conclure. L'auteur affirme un fait qui n'existe pas et dont il sait qu'en connaissance de cause, la victime ne conclurait pas le contrat, du moins pas à ces conditions (SCHMIDLIN/CAMPI *in* Commentaire romand, Code des obligations, art. 28 n. 1).

5.3.2. Un contrat même entaché d'un dol ou d'un autre vice du consentement peut néanmoins être valable. L'art. 31 al. 1 CO prévoit à cet égard qu'un tel contrat est « *tenu pour ratifié lorsque la partie qu'il n'oblige point a laissé s'écouler une année sans déclarer à l'autre sa résolution de ne pas le maintenir, ou sans répéter ce qu'elle a payé* ».

L'art. 31 al. 2 CO précise que le délai d'une année court dès que le dol a été découvert. Une simple déclaration soumise à réception, explicite ou concluante, suffit pour invalider le contrat. La déclaration ne doit pas contenir une spécification exacte de la cause de l'invalidation. L'acte d'invalidation est irrévocable, comme tout exercice d'un droit formateur. Les parties sont libérées de leurs obligations et le juge se contente de constater que le contrat est invalidé. Cette invalidation n'annihile pas le contrat en tant qu'acte juridique mais lui enlève ses effets. Puisque les vices de la volonté affectent la conclusion du contrat, l'annulation des effets du contrat doit, en principe, remonter jusqu'à ce moment-là. Voilà ce qu'exprime le terme usuel: invalidation du contrat avec effet *ex tunc* (SCHMIDLIN/CAMPI, art. 31 n. 12ss).

5.3.3. Selon la jurisprudence, les art. 4ss LCA règlent spécialement et complètement la réticence et ses conséquences, à l'exclusion des dispositions générales du CO. Les dispositions de la LCA représentent donc une *lex specialis*, qui prévaut sur les règles générales concernant les vices de la volonté. L'obligation de déclarer du proposant ne relève pas non plus du principe de la bonne foi ou de la *culpa in contrahendo*. Il s'agit d'une institution juridique particulière dont la justification repose sur les caractéristiques de l'activité d'assurance (MONNARD SÉCHAUD, art. 6 n. 12 et les références).



Ainsi, si les conditions pour l'application des art. 4ss LCA sont remplies, l'assureur ne peut invoquer les règles générales des art. 23ss CO sur l'erreur ou la tromperie. En effet, l'art. 6 LCA vise la sanction d'un devoir légal, mais ne règle pas les effets d'un contrat, comme c'est le cas pour les art. 23ss CO. Ce devoir légal particulier s'impose en effet au proposant avant même la conclusion du contrat. Il ne peut donc pas constituer un devoir contractuel (MONNARD SÉCHAUD, art. 6 n. 13 et les références).

Il n'y a qu'un seul ensemble de règles qui s'appliquent: soit celles de la LCA, lorsqu'il y a une violation de l'obligation de déclarer, soit celle du CO, lorsque les dispositions de la LCA ne s'appliquent pas. La distinction se fait de la manière suivante: Lorsque le fait dissimulé ou inexactly déclaré concerne un fait pertinent pour l'évaluation du risque et donc influe sur le montant de la prime, les règles de la LCA s'appliquent; en revanche, lorsque le fait dissimulé ou inexactly déclaré influence la conclusion du contrat ou les conditions contractuelles, les règles du CO s'appliquent (MONNARD SÉCHAUD, art. 6 n. 14 et les références).

6.

*Discussion sur les conditions dans lesquelles le contrat d'assurance collective a été conclu, voire sur les négociations préalables à cette conclusion*

6.1. En l'espèce, la défenderesse fait valoir que le contrat d'assurance collective, en tant que tel, a été conclu par la société H. \_\_\_\_\_ SA, dont le demandeur était alors administrateur président, dans le but d'assurer celui-ci en indemnités journalières maladie, alors qu'il était en réalité employé de la société C. \_\_\_\_\_ S.A., en situation de surendettement et dont la faillite était inéluctable (voir notamment courrier du 9 septembre 2021 précité, ci-dessus consid. 5.1.4).

Par ces griefs, elle se concentre sur les conditions dans lesquelles le contrat d'assurance collective a été conclu, voire sur les négociations préalables à cette conclusion. Cela ressort également des faits qu'elle allègue tant pour s'opposer à la demande que pour fonder la demande reconventionnelle. Ceux-ci portent en effet en très grande partie sur le contexte de l'activité exercée par le demandeur pour la société C. \_\_\_\_\_ S.A. et pour la société H. \_\_\_\_\_ SA, ainsi que sur la fin de ses rapports de travail avec la première, suivi de son engagement par la seconde en tant qu'employé, engagement qui a justifié la conclusion du contrat d'assurance collective litigieux (voir not. mémoire de réponse et demande reconventionnelle du 20 août 2021, allégués 47 à 99, 102 à 114, 122 à 130, 133 à 135, 143 à 146, 199 à 201, 205 à 222, 224 à 227; voir ég. mémoire de duplique et réplique sur demande reconventionnelle, allégués 300 à 317, 319 à 325).

6.2. A l'égard de ce qui précède, la défenderesse se trompe de moyen en invoquant une prétention frauduleuse au sens de l'art. 40 LCA.

En effet, cette disposition spécifique au contrat d'assurance s'applique dans les cas où un tel contrat a été valablement conclu, mais où l'ayant droit dissimule un fait déterminant ou déclare un fait inexact au moment où il soulève la prétention d'assurance (voir ci-dessus consid. 5.1.1, 5.2.6). L'existence d'une prétention frauduleuse ne saurait dès lors être retenue au motif que le preneur d'assurance, voire le demandeur en qualité d'ayant droit, aurait dissimulé sa véritable volonté au moment de la conclusion du contrat, voire au stade des négociations.

### 6.3.

6.3.1. Il convient ensuite d'examiner si les faits allégués par la défenderesse en lien avec les conditions dans lesquelles le contrat d'assurance collective a été conclu, voire avec les négociations préalables à cette conclusion, pourraient constituer une réticence au sens de l'art. 6 LCA.

6.3.2. Une éventuelle réticence au sens de l'art. 6 LCA ne pourrait porter, par nature, que sur les négociations préalables à la conclusion du contrat d'assurance collective conclu entre la défenderesse et la société H.\_\_\_\_\_ SA. Il faudrait que le représentant de celle-ci ait omis de déclarer ou ait déclaré inexactement un fait important qu'il connaissait ou qu'il devait connaître et sur lequel il a été questionné (voir ci-dessus consid. 5.1.1).

Or, il a déjà été relevé que la défenderesse elle-même n'invoque pas une réticence, en lien avec l'état de santé du demandeur, lors de la conclusion du contrat d'assurance collective (voir consid. 3). Il ne ressort par ailleurs pas du dossier que H.\_\_\_\_\_ SA aurait répondu de façon inexacte ou incomplète à une question portant sur un autre fait déterminant pour l'évaluation du risque contractuel.

6.3.3. Du reste, quoi qu'il en soit, si la défenderesse avait voulu faire valoir une réticence, elle aurait dû adresser une déclaration de résiliation – ou d'exclusion du demandeur du cercle des assurés – précise et motivée dans un délai de quatre semaines à partir du moment où elle en aurait eu une connaissance effective (voir ci-dessus consid. 5.2.3 et 5.2.5). Elle n'en a toutefois rien fait. En particulier, la lettre du 9 septembre 2021, rédigée en termes généraux quelque 10 mois après le 10 novembre 2020 – date à laquelle la défenderesse a définitivement retenu que le demandeur n'avait apporté aucune preuve d'une activité lucrative au sein de H.\_\_\_\_\_ SA – ne remplit pas ces exigences.

### 6.4.

6.4.1. Les conditions dans lesquelles le contrat d'assurance collective a été conclu peuvent être encore être examinées sous l'angle de la tromperie au sens de l'art. 28 CO.

En effet, lorsque qu'une des parties au contrat d'assurance allègue qu'un fait dissimulé ou inexactement déclaré a influencé la conclusion du contrat ou les conditions contractuelles, ce sont bien les règles du CO qui s'appliquent, à l'exclusion des dispositions spécifiques de la LCA (voir ci-dessus consid. 5.3.3).

6.4.2. Il faut d'abord vérifier si, conformément à l'art. 31 al. 1 et 2 CO, la défenderesse a déclaré en temps utile à H.\_\_\_\_\_ SA, en tant que preneur d'assurance, sa résolution de ne pas maintenir le contrat, annulant ainsi les effets de celui-ci rétroactivement au moment de sa conclusion.

Sous cet angle, la lettre du 9 septembre 2021, rédigée quelque 10 mois après le 10 novembre 2020 – date à laquelle la défenderesse a définitivement retenu que le demandeur n'avait apporté aucune preuve d'une activité lucrative au sein de H.\_\_\_\_\_ SA – paraît respecter le délai d'une année fixé par la loi.

Cela étant, par cette lettre axée sur l'art. 40 LCA, la défenderesse se limite à résilier le contrat rétroactivement au 5 septembre 2019, veille des premières prestations versées au demandeur. Plus spécifiquement, elle ne remet en question ni la validité même du contrat, ni les effets qu'il a déployés depuis sa conclusion jusqu'au 5 septembre 2019. Elle ne revient pas non plus sur les primes

acquittées par H. \_\_\_\_\_ SA pour la période entre la conclusion du contrat et la fin de l'année 2019, se limitant à annuler les factures d'acomptes de primes pour les 2020 et 2021. Une telle manifestation de volonté ne peut être assimilée à une déclaration d'invalidation du contrat au sens de l'art. 31 al. 1 CO. Au contraire, elle pourrait même apparaître comme une validation des effets du contrat pour la période comprise entre sa conclusion et le 5 septembre 2021.

Il en résulte qu'en n'adressant pas en temps utile une déclaration d'invalidation des effets du contrat, la défenderesse a implicitement ratifié le contrat d'assurance collective conclu avec H. \_\_\_\_\_ SA.

6.4.3. Indépendamment de ce qui vient d'être retenu, l'existence même d'une tromperie au moment de la conclusion du contrat d'assurance collective n'est pas établie.

A cet égard, il ressort en résumé des pièces produites au dossier (voir not. décomptes de salaire et attestations de paiement, demande d'affiliation à l'institution de prévoyance, bordereau du demandeur, pièces 7, 8) et des déclarations des témoins en séance que la société preneuse d'assurance, H. \_\_\_\_\_ SA, créée en 2017, active dans le secteur immobilier et proche de la société C. \_\_\_\_\_ S.A. tant par son actionnariat que par ses administrateurs, a engagé le demandeur et son épouse dès le 1<sup>er</sup> mars 2019, soit immédiatement après la fin de leurs rapports de travail avec la société précitée. Suite à cet engagement, le demandeur et son épouse ont travaillé formellement au service de H. \_\_\_\_\_ SA qui leur a versé un salaire en contrepartie. Leur activité consistait pour l'essentiel en des travaux de sous-traitance pour la société C. \_\_\_\_\_ S.A. et ils ont continué à travailler dans les mêmes bureaux, les deux sociétés ayant le même siège social (voir partie en fait, let. A et B; liste des travaux effectués par le demandeur du 1<sup>er</sup> mars 2019 au 5 septembre 2019, factures de H. \_\_\_\_\_ SA à C. \_\_\_\_\_ S.A., bordereau du demandeur pièce 11, 13). Les objections formulées par la défenderesse, notamment en lien avec l'absence de production d'un contrat de travail écrit et de toute lettre de résiliation des rapports de travail, alors que le demandeur s'est trouvé durablement en incapacité de travail, n'y changent rien. En effet, il peut être admis comme usuel, dans le cas d'une société familiale dont l'administrateur président était le demandeur lui-même, puis l'un de ses fils, que la conclusion des rapports de travail, puis leur résiliation, n'aient pas été formalisées par écrit. Dans le même sens, il ne peut pas être reproché au demandeur d'avoir donné des réponses imprécises à cet égard lors de l'entretien du 6 octobre 2020 (voir partie en fait, let. B). En effet, un contrat de travail peut être conclu et résilié oralement, sans document écrit.

Le demandeur a ainsi établi que H. \_\_\_\_\_ SA avait dès le 1<sup>er</sup> mars 2019 une activité certes essentiellement de sous-traitance pour une société proche mais néanmoins effective, que cette activité était exercée dans les faits par le demandeur et son épouse et que ceux-ci percevaient en contrepartie un salaire versé par H. \_\_\_\_\_ SA.

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. Plus spécifiquement, la réquisition tendant à la production de la comptabilité complète de H. \_\_\_\_\_ SA pour les exercices 2017 à 2021 n'est pas susceptible d'apporter d'élément supplémentaire par rapport aux pièces justificatives que constituent notamment les décomptes salaires, les attestations de versement de ces salaires et les factures relatives aux travaux de sous-traitance effectués (voir ci-dessus). La défenderesse n'explique du reste pas pourquoi on pourrait s'attendre avec une certaine probabilité à ce que ce moyen de preuve spécifique produise un résultat probant supplémentaire par rapport à ceux déjà récoltés, de telle sorte que cette réquisition s'apparente à une recherche de preuve prohibée, voire à une véritable « *fishing expedition* » (voir not. arrêt TF 4A\_494/2020 du 24 juin 2022

consid. 5.3.2 et la référence à l'ATF 138 III 425 consid. 6.4). Dans la ligne de ce qui a déjà été retenu dans l'ordonnance de preuves du 10 octobre 2023, il en va de même de la production du dossier de l'institution de prévoyance à laquelle est affiliée H. \_\_\_\_\_ SA. Il n'est dès lors pas donné suite aux deux réquisitions y relatives, par appréciation anticipée.

Eu égard à ce qui précède, rien ne permet d'admettre qu'en manifestant sa volonté de conclure un contrat d'assurance collective perte de gain maladie pour ses employés, H. \_\_\_\_\_ SA ait volontairement induit la défenderesse en erreur sur un fait qui n'aurait pas existé.

6.5. Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, les conditions dans lesquelles le contrat d'assurance collective a été conclu, voire le déroulement des négociations préalables à cette conclusion, ne remettent pas en question la validité, à partir du 1<sup>er</sup> mars 2019, du contrat d'assurance collective conclu entre la défenderesse et H. \_\_\_\_\_ SA, en faveur des employés de celle-ci.

7.

*Discussion sur une éventuelle prétention frauduleuse en lien avec les éléments de l'annonce de cette prétention*

7.1. Une fois établie la validité du contrat d'assurance collective, il reste à examiner si le demandeur, au moment où la défenderesse a fait valoir pour son compte un droit à des indemnités journalières basé sur ce contrat, a émis une prétention frauduleuse au sens de l'art. 40 LCA.

A cet égard, l'incapacité de travail totale du demandeur dès le 6 septembre 2019 n'est plus contestée et ressort du reste clairement des documents médicaux figurant au dossier. Aucune fraude ne peut dès lors être constatée en lien avec le sinistre en tant que tel.

Une éventuelle fraude au moment où la prétention a été émise ne pourrait ainsi être basée que sur le fait que le demandeur n'aurait en réalité pas été employé de H. \_\_\_\_\_ SA, voire sur le caractère effectif du salaire que celle-ci lui a versé avant la survenance de son incapacité de travail.

7.2. Il a déjà été retenu ci-dessus que dès le 1<sup>er</sup> mars 2019, le demandeur travaillait pour H. \_\_\_\_\_ SA en réalisant concrètement des travaux de sous-traitance pour C. \_\_\_\_\_ S.A. (voir consid. 6.4.3). Le fait qu'il était employé de H. \_\_\_\_\_ SA au moment de la survenance du sinistre est ainsi prouvé.

Quant au salaire versé en contrepartie du travail effectué, il est établi par des décomptes de salaire et des pièces bancaires attestant des versements correspondants.

Les circonstances dans lesquelles le sinistre a été déclaré et le paiement des indemnités journalières requis ne permettent dès lors pas de retenir l'existence d'une quelconque prétention frauduleuse au sens de l'art. 40 LCA.

8.

*Examen du droit aux prestations*

8.1. Il résulte de ce qui précède qu'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, H. \_\_\_\_\_ SA, auprès de la défenderesse. Par ailleurs,

celle-ci n'apporte pas d'élément permettant d'établir, même au degré de la vraisemblance, que les prétentions émises résulteraient d'une fraude.

En tant que personne assurée, le demandeur dispose d'un droit propre qu'il peut faire valoir contre l'assureur, conformément à l'art. 87 LCA (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021; voir également art. 95a LCA, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022).

L'incapacité de travail du demandeur à 100% pour cause de maladie à partir du 6 septembre 2019, pour une durée indéterminée ressort notamment de certificats médicaux non remis en cause par d'autres éléments au dossier.

Il reste ainsi à examiner si cette incapacité de travail lui donne droit aux prestations d'assurance qu'il sollicite.

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

Datée du 12 février 2019, la police relative à l'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie (voir partie en fait, let. C) couvre tout le personnel de H. \_\_\_\_\_ SA. Elle prévoit en cas de maladie le versement d'une indemnité journalière correspondant à 80% du salaire pendant 730 jours, avec imputation d'un délai d'attente de 30 jours.

8.3.

8.3.1. Vu ce qui précède et compte tenu du délai d'attente de 30 jours prévu par le contrat d'assurance collective, l'incapacité de travail subie par le demandeur lui ouvre le droit au paiement d'indemnités journalières complètes dès le 6 octobre 2019, soit le 31<sup>ème</sup> jour à compter du 6 septembre 2019, jusqu'au 4 septembre 2021, échéance de la durée maximale de 730 jours à compter du 6 septembre 2019. Ce droit correspond à 700 indemnités journalières.

8.3.2. La défenderesse fait valoir que le droit du demandeur aux indemnités journalières aurait été suspendu du 4 mars 2020 au 14 juin 2020 en raison du fait que H. \_\_\_\_\_ SA n'avait pas versé la première tranche de primes 2020 de CHF 336.60, facturée le 30 novembre 2019, en dépit d'une sommation du 18 février 2020 avertissant celle-ci qu'à défaut de paiement dans un délai de 14 jours dès réception, le versement des prestations serait « *suspendu de plein droit* » (voir allégués 157 à 159 de la réponse; voir ég. la sommation du 18 février 2020, faisant référence à l'art. 20 LCA, pièce 77 du bordereau de la défenderesse; décompte des prestations versées pour la période du 6 septembre 2019 au 13 septembre 2020, pièce 124 du bordereau de la défenderesse).

Il ressort de l'art. 20 al. 1 et 3 LCA que, si le débiteur de la prime d'assurance ne paie pas la prime en souffrance dans les quatorze jours à compter de l'envoi de la sommation, l'obligation de l'assureur est suspendue à partir de l'expiration de ce délai. Le non-respect de la sommation entraîne ainsi la suspension de la couverture d'assurance. Si un sinistre se produit pendant la période de suspension, l'assureur n'est plus tenu de verser sa prestation. Par contre, cette disposition ne limite pas le devoir de l'assureur de prêter pour les événements qui se sont produits avant l'expiration du délai. Le moment déterminant est celui de la survenance du cas d'assurance (ATF 142 III 671 consid. 2.3; arrêt TF 9C\_150/2021 du 5 juillet 2021 consid. 3.2; PIGUET *in* Commentaire romand LCA, art. 20 n. 44; EISNER-KIEFER *in* Basler Kommentar VVG, art. 20 n. 40 et les références).

En l'espèce, H. \_\_\_\_\_ SA, en tant que preneur d'assurance, s'est certes trouvé en mars 2020 en demeure de payer une tranche de prime relative à l'assurance collective perte de gain maladie conclue en faveur de ses employés. Cette demeure est toutefois intervenue alors que le sinistre, à savoir l'incapacité de travail du demandeur dès le 6 septembre 2019, était déjà survenu. La suspension provisoire de la couverture d'assurance entre le 4 mars 2020 et le 14 juin 2020 est ainsi restée sans effet sur l'obligation de la défenderesse de payer les indemnités journalières dues pour le sinistre survenu le 6 septembre 2019, alors que la couverture d'assurance était pleinement valable depuis le 1<sup>er</sup> mars 2019.

8.3.3. Il ressort des décomptes établis par la défenderesse relatifs à ses versements pour la période à partir du 6 octobre 2019 que le montant de l'indemnité journalière s'élève à CHF 243.61 (voir pièce 123 du bordereau de la défenderesse). Ce montant correspond à 80% du salaire annuel de CHF 111'150.- (CHF 8'550.- x 13; voir partie en fait, let. E), divisé par 365 jours. Il est repris par le demandeur pour fonder ses conclusions (voir allégué 41 de la demande).

L'indemnité journalière sera dès lors fixée à CHF 243.61.

8.3.4. 700 indemnités journalières à CHF 243.61 équivalent à CHF 170'527.-.

Pour la période du 6 octobre 2019 au 31 mai 2020, la défenderesse a versé en faveur du demandeur un montant total de CHF 58'222.80, correspondant à 239 indemnités journalières à CHF 243.61 (voir décompte précité, pièce 124 du bordereau de la défenderesse).

Pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 2020 au 13 septembre 2020, elle a encore versé un montant de CHF 487.20 (correspondant à 2 indemnités journalières à CHF 243.61), après compensation avec des montants qu'elle estimait avoir versés à tort (voir décompte précité, pièce 124 du bordereau de la défenderesse).

La défenderesse a ainsi déjà versé au demandeur un montant total de CHF 58'710.- correspondant à 241 indemnités journalières (périodes du 6 octobre 2019 au 31 mai 2020 et du 12 au 13 septembre 2020).

Il en résulte que la défenderesse doit encore s'acquitter de 459 indemnités journalières (700 – 241) pour les périodes respectives du 1<sup>er</sup> juin 2020 au 11 septembre 2020 (103 indemnités) et du 14 septembre 2020 au 4 septembre 2021 (356 indemnités), ce qui correspond à un montant de CHF 111'817.- (459 x CHF 243.61; total dû de CHF 170'527.- moins prestations déjà versées de CHF 58'710.-).

9.

#### *Sort de la demande et de la demande reconventionnelle*

En conséquence de ce qui précède, la demande sera partiellement admise, dans la mesure où elle est recevable, et la défenderesse sera astreinte à verser la somme de CHF 111'817.- au demandeur.

Par ailleurs, le montant total précité de CHF 58'710.- ayant été versé à juste titre par la défenderesse, sa demande reconventionnelle tendant à la restitution de ce montant sera rejetée.

10.

#### *Frais judiciaires*

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

11.

#### *Dépens*

11.1. Le demandeur a obtenu raison tant sur le principe que sur une très grande partie des prétentions auxquelles il concluait. L'irrecevabilité de ses conclusions constatatoires n'a par ailleurs pas d'effet déterminant sur les droits auxquels il prétend. Ses conclusions tendant au rejet de la demande reconventionnelle ont également été suivies. Ayant ainsi gain de cause sur le principe et pour l'essentiel, il a droit une indemnité pour ses dépens, mise à la charge de la défenderesse (art. 106 al. 1 CPC).

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

En cas de fixation détaillée, l'autorité tient compte notamment du temps nécessaire à la conduite du procès dans des circonstances ordinaires ainsi que des intérêts en jeu (art. 63 al. 3 RJ). La fixation des honoraires dus à titre de dépens a lieu en principe sur la base d'un tarif horaire de CHF 250.- (art. 65 RJ). 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).

11.3. En l'espèce, la liste de frais produite le 1<sup>er</sup> mai 2024 par le mandataire du demandeur fait état de 218.75 heures de travail (196.83 heures d'avocat au tarif de CHF 250.-/heure, dont 21.5 heures par un précédent mandataire, et 21.91 heures d'avocat-stagiaire), de 4 vacations et de débours calculés forfaitairement, pour un total de CHF 58'908.85, TVA comprise.

La liste comprend en particulier de très nombreuses opérations antérieures de plusieurs mois au dépôt de la demande – dont de nombreuses heures de travail qui semblent porter sur des prétentions et développements qui n'ont pas été repris dans la présente procédure – et qui ne peuvent pas être retenues. Les opérations relatives aux entretiens préalables avec le client, aux échanges préalables avec la défenderesse, à la préparation et à la rédaction du mémoire de

demande (18 pages, dont 13 pages de faits et 1 page de droit) et du bref mémoire complémentaire, ainsi qu'à l'examen du mémoire de réponse et demande reconventionnelle, peuvent être admises à concurrence de 20 heures au tarif d'avocat. 2 heures sont comptées pour les opérations relatives à la question de l'identité de la défenderesse. Il est compté 3 heures pour la préparation et la participation aux premiers débats d'instruction du 12 octobre 2021. Les opérations relatives aux entretiens préalables avec le client, à la préparation et à la rédaction du mémoire de réplique et réponse à la demande reconventionnelle (45 pages, dont 41 pages de faits et 1 page de droit), à l'examen du mémoire de duplique et réplique à la demande reconventionnelle, ainsi qu'à la préparation et à la rédaction du mémoire de duplique sur la demande reconventionnelle (9 pages, dont 6 pages de faits) peuvent être admises à concurrence de 25 heures. Il est compté 4 heures pour la préparation et la participation aux seconds débats d'instruction du 25 août 2023, ainsi que pour la détermination subséquente, ainsi que 8 heures pour la prise de connaissance de l'ordonnance de preuves, la préparation et la participation aux troisièmes débats d'instruction du 29 janvier 2024. La préparation et la participation aux débats principaux (plaidoiries) peut être comptabilisée à hauteur de 8 heures. Enfin, pour les autres déterminations, notamment en lien avec les différentes requêtes de suspension de la procédure, et les autres opérations relatives à la gestion administrative du dossier, ainsi que celles postérieure au jugement, il est ajouté 5 heures.

Au total, une durée de 75 heures de travail sera retenue, au tarif d'avocat de CHF 250.-/heure majoré de 42.72% à CHF 356.80 pour une valeur litigieuse comprise entre CHF 119'000.- et 120'000.-. Cela correspond à une indemnité de CHF 26'760.- (75 x 356.80), plus CHF 120.- de vacations au tribunal, plus CHF 937.50 de débours calculés forfaitairement (5% de l'indemnité de base sans majoration : 5% x 75 x 250), soit CHF 27'817.50. S'y ajoute à la TVA à 7.7% sur CHF 22'000.- pour les opérations antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2024 et à 8.1% sur CHF 5'817.50 pour les opérations à partir de cette date, soit des montants respectifs de CHF 1'694.- et de CHF 471.20.

L'indemnité de partie sera ainsi fixée à CHF 27'817.50, plus CHF 1'694.- de TVA à 7.7%, plus CHF 471.20 de TVA à 8.1%.

11.4. La défenderesse, au demeurant non représentée par un mandataire externe, succombe pour l'essentiel dans ses conclusions. Elle n'a ainsi pas droit à des dépens.

*(dispositif en page suivante)*



**la Cour arrête :**

- I. La demande est partiellement admise, dans la mesure où elle est recevable.  
Partant, B. \_\_\_\_\_ SA est astreinte à verser à A. \_\_\_\_\_ la somme de CHF 111'817.-.
- II. La demande reconventionnelle est rejetée.
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- IV. R. \_\_\_\_\_ SA est astreinte à verser à A. \_\_\_\_\_ une indemnité de partie de CHF 27'817.50, plus CHF 1'694.- de TVA à 7.7%, plus CHF 471.20 de TVA à 8.1%.
- V. Notification.

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

Fribourg, le 26 août 2024/msu

La Présidente

La Greffière-stagiaire